rechtstreeks 2021 nr 1



de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Crisis in de rechtsstaat?

Crisis in de rechtsstaat?

Colofon

Rechtstreeks is een periodiek voor de Rechtspraak en richt zich op de praktijk en de ontwikkeling van de rechtspraak in Nederland. Het tijdschrift, verspreid door de Raad voor de rechtspraak, stelt zich ten doel wetenschappelijke inzichten en bijdragen aan het publieke debat over de rechtspraak ter kennis te brengen van allen die beroepshalve bij de rechtspraak betrokken zijn. Opname in *Rechtstreeks* betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Redactieadres
Redactie *Rechtstreeks*
Raad voor de rechtspraak
Afd. Ontwikkeling
Postbus 90613
2509 LP Den Haag
E-mail: rechtstreeks@rechtspraak.nl

Oplage
4450 exemplaren

ISSN 1573-5322

Uitgever
Xerox/OSAGE

Foto
Axtem/Shutterstock

Abonnementen
Rechtstreeks wordt gratis toegezonden aan hen die tot de doelgroep behoren. Wie meent voor toezending in aanmerking te komen wordt verzocht zijn naam, postadres en functie kenbaar te maken aan het secretariaat van *Rechtstreeks* (rechtstreeks@rechtspraak.nl).

Adresmutaties
Xerox Communicatie Service
t.a.v. het bedrijfsbureau
Kalvermarkt 53
2511 CB Den Haag
E-mail: info@xnloverheid.nl

Retouren
Bij onjuiste adressering verzoeken wij u gebruik te maken van de adresdrager en daarop de reden van retournering aan te geven.

Inhoud

Redactioneel

Hoewel het begrip niet in de Grondwet of het Statuut voorkomt, is de 'rechtsstaat' het fundament onder het Nederlandse rechtsbestel. Desondanks (of misschien juist daardoor) is het een begrip dat voortdurend aan discussie onderhevig is. De rechtsstaat is de afgelopen jaren geen rustig bezit gebleken. Van verschillende kanten is de alarmbel geluid over de vermeende teloorgang van rechtsstatelijke waarden.
Heel expliciet komt dit naar voren in het rapport *Ongekend onrecht* van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag. Hoofdconclusies van dit rapport zijn dat de grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden en dat daarmee de rechtsstaat zelf in het geding is. In het rapport wordt daarbij, ongebruikelijk voor dit soort onderzoeken, ook stevige kritiek geuit op de Rechtspraak, die niet bij machte of bereid was misstanden te corrigeren.
Ook in de coronacrisis kwamen rechtsstatelijke vragen naar boven. Deze betroffen kernbeginselen van die rechtsstaat: de juridische basis voor maatregelen, beperkingen van grondrechten en de proportionaliteit van overheidsoptreden. De rechter werd door tegenstanders van coronabeperkingen meerdere keren gevraagd uitspraak te doen over bepaalde maatregelen. Meestal was dat tevergeefs, hoewel de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in eerste aanleg oordeelde dat de juridische grondslag voor de avondklok ontoereikend was. Individuele boetes wegens overtreding van maatregelen werden wel regelmatig vernietigd.

Waar de rechter in de toeslagenaffaire en de coronacrisis wordt gezien als laatste reddingsmiddel voor getroffen burgers, is hij de afgelopen jaren in andere gevallen juist onder vuur komen te liggen wegens vermeend activistisch optreden. De stikstofuitspraken, Urgenda en de (aanvankelijke) uitspraken over het repatriëren van kinderen van IS-vrouwen werden door sommigen verwelkomd als hoognodige actie waar de politiek zaken liet liggen, terwijl anderen de rechterlijke macht betichtten van een machtsgreep en meenden dat Nederland op weg was naar een 'dikastocratie'.
Tot slot hebben diverse burgemeesters en onderzoekers de afgelopen jaren de noodklok geluid over de infiltratie van georganiseerde (drugs)criminaliteit in de bovenwereld. Een van de risico's die zij daarbij signaleren, is dat die infiltratie ook het rechtssysteem en de rechtsstaat onder druk zet.

Vraag is wat deze discussies zeggen over de staat van de rechtsstaat in Nederland. Is er sprake van een al dan niet sluipende uitholling van de rechtsstaat? En wat wordt dan precies verstaan onder de term 'rechtsstaat'? Uitgangspunt van dit themanummer van *Rechtstreeks* is de analyse van **Stavros Zouridis**, hoogleraar bestuurskunde aan de rechtenfaculteit van Tilburg University, die betoogt dat in Nederland sprake is van een institutionele crisis van de rechtsstaat. Daarbij legt hij de bal nadrukkelijk ook neer bij de rechterlijke macht, die volgens hem mede debet is aan de door hem geconstateerde problemen. Om die stelling te onderbouwen, onderscheidt Zouridis drie visies op de rechtsstaat, vanuit respectievelijk een juridisch, een sociologisch en een bestuurswetenschappelijk perspectief. In een overzicht van het gebruik van het begrip 'rechtsstaat' in rechterlijke uitspraken, betoogt

hij dat rechters eenzijdig de nadruk leggen op de juridische invulling van het rechtsstaatbegrip. Dat heeft volgens Zouridis mede bijgedragen aan groeiende spanningen met de andere visies, waardoor in toenemende mate sprake is van problemen in de uitvoering en handhaving van het recht en de verankering van juridische normen in de samenleving. Op basis van deze diagnose pleit Zouridis voor een rechtspraak die meer oog heeft voor de praktijk van uitvoerings- en handhavingsorganisaties en voor wat in de samenleving als rechtvaardig wordt ervaren.

Zouridis' betoog roept prikkelende vragen op, waarop de vier andere bijdragen vanuit verschillende invalshoeken reageren. **Ivo Giesen**, hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, richt zich op zowel de diagnose als de aanbevelingen van Zouridis. Bij de diagnose vraagt hij aandacht voor het specifieke karakter van rechterlijke uitspraken, dat volgens hem niet goed weergeeft hoe rechters het begrip 'rechtsstaat' zien. Daarnaast zet hij vraagtekens bij de door Zouridis bepleite 'uitvoeringsbewuste' rechtspraak. Juist in het begrenzen en daarmee soms moeilijker maken van overheidsingrijpen, ligt volgens hem de kern van het rechtsstaatbegrip.
Dato Steenhuis, voormalig lid van het College van procureurs-generaal, vestigt juist de aandacht op de handhavingsproblemen in het strafrecht. Hij ziet een toenemende schaarste in de strafrechtsketen en constateert dat de rechter in veel gevallen relatief lage sancties oplegt. In het verlengde daarvan pleit hij voor een consequentere bestraffing, onder andere door de invoering van wettelijke minimumstraffen voor bepaalde misdrijven.
Catrien Bijleveld, hoogleraar methoden en technieken van criminologisch onderzoek aan de Vrije Universiteit Amsterdam, onderwerpt de analyse van Zouridis aan een methodologische beschouwing. Zij waarschuwt voor de vertekeningen die optreden wanneer de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken worden gebruikt om een beeld te krijgen van de hele rechtspraak – een punt dat verder gaat dan het artikel van Zouridis en ook relevant is voor andere vormen van Empirical Legal Studies.
Thom de Graaf, vice-president van de Raad van State, herkent het nalevings- en uitvoeringstekort dat Zouridis signaleert. Tegelijkertijd waarschuwt hij voor een rechterlijke macht die meer vrijheid neemt om te beslissen volgens wat maatschappelijk als rechtvaardig wordt gezien en minder de nadruk legt op procedurele waarborgen. Daarbij constateert hij ook een spanning in de eisen die de afgelopen tijd aan de rechter worden gesteld: enerzijds de roep om meer recht te doen aan individuele gevallen, maar anderzijds ook pogingen om de beslissingsruimte van rechters aan banden te leggen.

De reacties laten goed zien in welk spanningsveld de rechter opereert wanneer het gaat om de rechtsstaat. Enerzijds is de rechter bij uitstek de instantie die aan individuele gevallen recht moet doen en daarbij een afweging moet maken tussen soms conflicterende rechtsregels. Anderzijds stuit een rechterlijke macht die al te vrij omgaat met de hem toekomende ruimte al snel op de kritiek dat hij op de stoel van de wetgever of het bestuur gaat zitten. In een rechtsstaat is uiteindelijk immers ook de rechter gebonden aan het recht.
Waar de bijdragen niet komen tot een eensluidende conclusie, zetten ze wel aan tot een nadere reflectie op de betekenis van het begrip 'rechtsstaat' in ons rechtsbestel en de rechtspraak. Dat de rechter op moet treden als bewaker van het recht, is onomstreden.

De discussie draait vervolgens om de vraag welke balans moet worden gevonden tussen de instrumentele functie en de waarborgfunctie van het recht en hoeveel ruimte de rechter mag nemen om naast de wet terug te grijpen op ongeschreven beginselen en eigen oordelen. In wezen klassieke vragen, die door recente ontwikkelingen weer in het brandpunt van de aandacht zijn komen te staan.

De column is dit keer geschreven door **Geerke van der Bruggen**, tekstspecialist en schrijftrainer met speciale aandacht voor juridische teksten. Zij betoogt dat aandacht voor de begrijpelijkheid van strafvonnissen meer vereist dan een aanpassing van de gebruikte taal. De sleutel ligt volgens haar in een heroriëntatie op het publiek waarvoor vonnissen zijn geschreven: zijn dit alleen andere rechters, de officier van justitie en de advocaat of ook de bredere samenleving? Daarmee keert Van der Bruggens betoog via een andere route terug bij de vraag die in dit themanummer centraal staat: van wie de rechtsstaat eigenlijk is en wat dit vraagt van rechters.

Namens de redactie,

Sebastiaan Princen

Over de auteurs



Geerke van der Bruggen
Drs. G. van der Bruggen is neerlandica en literatuurwetenschapper. Zij geeft schrijftrainingen binnen de Rechtspraak en is als buitenpromovenda verbonden aan de Universiteit Utrecht, te weten het Utrecht Institute of Linguistics en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging. Haar multidisciplinair onderzoek richt zich op begrijpelijke uitspraken.



Catrien Bijleveld
Prof. dr. mr. C.C.J.H. Bijleveld is hoogleraar methoden en technieken van empirisch-juridisch en criminologisch onderzoek aan de Vrije Universiteit Amsterdam en senior onderzoeker bij het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving. Tevens werkt zij als raadslid bij de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Haar onderzoeksinteresses zijn empirisch-juridisch onderzoek, criminele carrières en intergenerationele overdracht van delinquentie.



Ivo Giesen
Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar privaatrecht en hoofd van het departement rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht. Hij zoekt, als lid van de onderzoeksgroepen Utrecht Center for accountability and Liability Law (Ucall) en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, naar creatieve oplossingen voor hedendaagse maatschappelijke problemen binnen het aansprakelijkheids- en procesrecht, gefundeerd op het geldende recht, maar mede naar buiten kijkend.



Thom de Graaf
Mr. Th. C. de Graaf is vice-president van de Raad van State. Eerder was hij onder meer lid van en fractievoorzitter in de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal voor D66, minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, tevens vicepremier, burgemeester van Nijmegen en voorzitter van de Vereniging Hogescholen.



Dato Steenhuis

Mr. D.W. Steenhuis werkte sinds zijn rechtenstudie en promotie aan de Universiteit Groningen achtereenvolgens als medewerker bij het Criminologisch Instituut Groningen, als hoofd van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, als officier van justitie, advocaat-generaal bij het gerechtshof van Leeuwarden, directeur Wetenschapsbeleid bij het ministerie van Justitie en tot zijn pensionering in 2006 als procureur-generaal.



Stavros Zouridis

Prof. dr. mr. Stavros Zouridis is hoogleraar bestuurskunde aan de rechtenfaculteit van Tilburg University. Ook is hij lid van de Onderzoeksraad voor Veiligheid. Eerder was hij directeur Algemene Justitiële Strategie bij het ministerie van Justitie. De analyse in dit artikel is mede gebaseerd op zijn boek *De institutionele crisis van de rechtsstaat*, waarvan in het najaar van 2021 een grondig herziene editie bij BoomBestuurskunde verschijnt.

column

Het strafvonnis als onderonsje

Geerke van der Bruggen[1]

Het is natuurlijk een aanlokkelijke, vrij logische gedachte: de taal in strafvonnissen is te ingewikkeld, dus die moet eenvoudiger. Maar eenzijdige aandacht voor de taal lost weinig op. Die taal is namelijk vooral een symptoom van een dieperliggend, fundamenteler probleem: dat de rechtspraak vasthoudt aan een format dat niet is afgestemd op de burger.

We weten al heel lang dat de rechtstaal voor leken te ingewikkeld is

In 1912 stelde de Nederlandse Juristenvereniging een commissie aan die 'de gebreken der Nederlandse rechtstaal en de middelen tot verbetering' moest onderzoeken. Zes juristen en schrijver Marcellus Emants, die overigens ook (met tegenzin) rechten studeerde, gingen met het thema aan de slag. Vier jaar later kwamen zij met hun oordeel: de rechtstaal bevatte te veel moeilijke woorden en de zinnen waren te lang en ingewikkeld. Ook was het volgens de commissie verwarrend dat partijen met hun procesrol werden aangeduid in plaats van met hun naam. Bij het verslag voegde de commissie een woordenlijst van 118 pagina's met moeilijke woorden toe waarvoor zij zelf geschiktere alternatieven had bedacht.

In dezelfde periode beschreef taalkundige J.A. van Ginneken de typische taalverschijnselen van de rechtstaal. Ik noem de belangrijkste:

- verouderde woorden, zoals 'mitsdien', 'behoudens' en 'voorts';
- vreemde woordkeuze, zoals 'voorwaardelijk opzet';
- vreemde grammaticale constructies, zoals 'heeft geconcludeerd tot verwerping' en 'het opzet';
- weglating van het lidwoord, zoals 'verdachte'.[2]

Inderdaad, zowel de kritiek op de rechtstaal als de beschrijving van de kenmerken ervan zijn opvallend actueel. De voorbeelden bij de taalverschijnselen van Van Ginneken haalde ik uit een strafvonnis van nu.[3] De afgelopen honderd jaar laaide de discussie over de onbegrijpelijke taal in vonnissen zo'n beetje om de twintig jaar weer op, om steeds weer zonder noemenswaardige veranderingen uit te doven. Deels komt dat doordat begrijpelijkheid nu eenmaal een complex begrip is waarbij verschillende factoren een rol spelen. Daarnaast leidt de discussie over de taal de aandacht af van waar het écht om draait, namelijk de vraag voor wie de rechter het strafvonnis nu eigenlijk schrijft.

Begrijpelijkheid hangt af van de schrijver, lezer en complexiteit van de materie

Inmiddels weten we uit onderzoek dat de begrijpelijkheid van een tekst afhangt van drie factoren. De eerste factor is de schrijver zelf. Een begrijpelijke tekst begint met een schrijver die de intentie heeft om zijn boodschap helder over te

[1] Met dank aan André Verburg voor zijn kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

[2] M. Reinsma & R. Reinsma, '"De vrouw in wier lichaam zich eerstbedoeld leven ontwikkelt", of Zestig jaar Nederlandse rechtstaal', *Nederlands Juristenblad* 1976/26, p. 857-872.

[3] ECLI:NL:RBOVE:2020:3435.

brengen en vervolgens ook daadwerkelijk in staat is om aan zijn tekst de juiste kenmerken mee te geven. Denk bijvoorbeeld aan de woordkeuze, de zinslengte, het expliciteren van de structuur in kopjes en inleidende zinnen, enzovoorts. Goede schrijvers weten hoe zij het hun lezer gemakkelijk kunnen maken om de boodschap te begrijpen. Zij zorgen ervoor dat hun tekst is afgestemd op hun lezer. Zij gebruiken dus de woorden die deze lezer kent, zorgen voor een indeling die hun lezer als logisch zal ervaren en nemen de informatie op die deze lezer nodig heeft om de boodschap te begrijpen.

Dat brengt me bij de tweede factor die van belang is voor de begrijpelijkheid van een tekst, namelijk de lezer. Of iemand een bepaalde tekst kan begrijpen, hangt tenslotte ook af van de leesvaardigheid, achtergrondkennis en intelligentie van die persoon. De derde factor is de complexiteit van de boodschap zelf. Het is inderdaad soms zo dat de materie waarover het gaat te ingewikkeld is voor een bepaalde lezer. Als het gaat om de begrijpelijkheid van strafvonnissen is dat een heerlijke uitweg: de lezer is gewoon te dom om dit zeer ingewikkelde juridische verhaal te volgen. Dat zal voor een klein deel van de niet-juridische lezers gelden, maar vast niet voor allemaal. Kijk bijvoorbeeld naar natuurkundige Robbert Dijkgraaf, die zo uitnodigend vertelt dat hij met zijn lezingen over razend moeilijke onderwerpen toch een groot publiek weet te bereiken. Natuurlijk, niet elke expert beschikt over dezelfde denkkracht en vaardigheden als Robbert Dijkgraaf. Waarmee we weer terug zijn bij de eerste factor, namelijk de schrijver.

Schrijvers zijn vaak gebonden aan formats die begrijpelijkheid in de weg staan

Juristen zijn over het algemeen intelligent en taalvaardig. Daarom twijfel ik er niet aan dat de meeste rechters en juridisch medewerkers prima in staat zijn om complexe juridische redeneringen begrijpelijk op te schrijven. Dat zij dat in de praktijk niet vaak doen heeft ermee te maken dat zij gebonden zijn aan geschreven en ongeschreven regels. Vonnissen worden nu eenmaal *op een bepaalde manier* geschreven en individuele schrijvers hebben niet de vrijheid om op eigen houtje af te wijken van de standaard.

Duidelijk is dat het standaardstrafvonnis is afgestemd op een publiek van strafjuristen. Zelfs de handleiding *Promis Best Practice*, bedoeld om schrijvers te helpen begrijpelijker strafvonnissen te schrijven, noemt de hogere rechter en collega-rechters als belangrijkste lezers. Leken kunnen hun advocaat wel om uitleg vragen en journalisten kunnen bij de persrechter terecht. Dit dedain voor alle niet-juridische lezers veroorzaakt precies die tekstkenmerken die het strafvonnis voor de gemiddelde burger onbegrijpelijk maken: moeilijke woorden en zinnen, ondoorgrondelijke structuur en te weinig informatie om de beslissing van de rechter te kunnen begrijpen. Een vonnis dat voor juristen is geschreven zal nu eenmaal nooit goed aansluiten bij lezers zonder juridische scholing, hoezeer individuele schrijvers ook hun best doen om hun in dat format gegoten verhaal zo begrijpelijk mogelijk te verwoorden.

Het probleem van knellende formats speelt niet alleen in de rechtspraak. Eind 2018 dienden vier Kamerleden een motie in voor begrijpelijker taal in rechterlijke uitspraken. De tekst van deze motie luidde als volgt:

'De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat het taalgebruik dat de rechterlijke macht in uitspraken gebruikt voor veel mensen lastig te begrijpen is;

overwegende dat hierdoor een kloof tussen de rechterlijke macht en de samenleving kan ontstaan;

overwegende dat het wenselijk is om meer begrijpelijke taal in rechterlijke uitspraken te gaan gebruiken;

constaterende dat de rijksoverheid om deze kloof met de samenleving te verkleinen het B1-taalniveau hanteert;

verzoekt de regering, met de Raad voor de rechtspraak de mogelijkheden te gaan bespreken om meer begrijpelijke taal in rechterlijke uitspraken te gaan gebruiken en de Kamer per brief over deze mogelijkheden te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.'

Voor alle andere lezers dan beroepspolitici is dit een vreemde tekst, met name door de 'overwegende dat'-constructies. Ironisch genoeg was deze vorm ooit juist kenmerkend voor rechterlijke uitspraken – de rechtspraak is wat dat betreft dus verder dan de politiek die haar op het gebied van het taalgebruik de maat neemt. De schrijvers van deze motie vinden begrijpelijkheid belangrijk en ze weten ongetwijfeld ook hoe zij een begrijpelijke tekst kunnen schrijven, *maar ze schrijven een motie*. Het format van de motie is waarschijnlijk ontstaan in een tijd waarin burgers nooit moties lazen en de taal anders klonk dan nu. Individuele schrijvers voelen misschien wel aan dat er iets wringt, maar ze hebben geen zeggenschap over het format en moeten zich dus conformeren. Bovendien is de kans groot dat zij de tekst zelf niet eens meer zo raar vinden, omdat zij zelf heel vaak moties onder ogen krijgen. Iets soortgelijks geldt ook voor schrijvers van strafvonnissen. Ook zij zijn blind geworden voor de absurditeit van hun eigen teksten.

Waarom het belangrijk is dat de leek als lezer prioriteit krijgt

Rechters zijn niet democratisch gekozen, maar zij beslissen wel namens de gehele samenleving. Met hun beslissingen grijpen zij bovendien diep in de levens van burgers in. Om de legitimiteit van rechterlijke beslissingen te vergroten, is de rechtspraak openbaar. Het doel van die openbaarheid is dat burgers de beslissingen van rechters kunnen controleren. Dat lukt uiteraard niet als de rechter bij het schrijven van het vonnis alleen rekening houdt met de behoeften van juristen. Toch krijgt juist de jurist als lezer van het strafvonnis prioriteit, ten koste van de begrijpelijkheid van de tekst voor de leek. Dat is kwalijk.

Minstens zo kwalijk is de gedachte dat de begrijpelijkheid van vonnissen eenvoudigweg kan worden vergroot door het oppervlakkige taalniveau van uitspraken te vereenvoudigen. Een oproep tot begrijpelijker taal lost niets op. We hebben tenslotte gezien dat er na honderd jaar hameren op de ingewikkelde taal in vonnissen niets is veranderd. Dit komt doordat de taal niet het probleem is, maar een *symptoom* van een onderliggend probleem. Uit experimenteel onderzoek van Malsch e.a. weten we dat

niet-juridische lezers oppervlakkig herschreven strafvonnissen nog steeds niet goed begrijpen, ook al zijn de teksten gemakkelijker te lezen.[4] De eenvoudiger taal verandert nu eenmaal niets aan het feit dat standaardstrafvonnissen voor leken te weinig informatie bevatten en dat de structuur voor hen niet logisch is. Begrijpelijker taal maakt dus alleen maar pijnlijk zichtbaar dat de rechter zijn vonnis helemaal niet voor de leek schrijft.

Een belangrijke oorzaak van onbegrijpelijke taal in vonnissen is dus dat het format niet meer voldoet. Zo lang de rechtspraak vasthoudt aan het huidige format blijft de tekst van het strafvonnis met name begrijpelijk voor andere rechters, de officier van justitie en de advocaat van de verdachte. Alleen ingevoerde lezers krijgen dan de informatie die zij nodig hebben, aangereikt op een manier die voor hen prettig is. Alle andere lezers hebben daarbij het nakijken. Alsof buiten de kleine groep juridisch geschoolde lezers niemand echt hoeft te weten hoe het zit. Alsof de gemiddelde burger niet bij de rechtsgemeenschap hoort. Alsof de leek niets in een strafvonnis te zoeken heeft. De Rechtspraak zal zich dus de vraag moeten stellen of de rechtsstaat wel écht van iedereen is. Als dat inderdaad het geval is, valt niet langer uit te leggen dat ze zich in haar vonnissen alleen op juristen richt.

[4] M. Malsch, C.J. de Poot, M.W. Verkuylen & G. Wolters, ‘Hoe helder is de rechter? Leesbaarheid en begrijpelijkheid van strafrechtelijke vonnissen’, *Nederlands Juristenblad* 2004/22, p. 1112-1117.

Een rechter maakt nog geen rechtsstaat

Hoe rechters de institutionele crisis van de rechtsstaat kunnen keren

Stavros Zouridis

1. Rechtsstaat is meer dan de rechtspraak

De rechter is voor velen de eerste associatie bij het begrip rechtsstaat. Journalistieke items over de rechtsstaat tonen rechters in toga, zittingszalen en vooral Vrouwe Justitia. De blinddoek (zonder aanzien des persoons), weegschaal (afgewogen) en zwaard (bindende oordelen) vormen zo'n overtuigende symbolenset dat we soms vergeten dat rechtsstaat en rechtspraak niet synoniem zijn. Ook rechters kunnen zich zo sterk identificeren met de rechtsstaat dat ze denken dat zij de rechtsstaat zíjn of deze ten minste moeten beschermen. Zo stelt de Raad voor de rechtspraak op zijn website: 'De rechterlijke macht bewaakt de rechtsstaat.'

De rechter bewaakt dus de rechtsstaat, maar welke rechtsstaat eigenlijk? Bewaken rechters dé rechtsstaat of hun specifieke, eenzijdige interpretatie daarvan? Sterker nog, zou het kunnen dat de rechter met deze eenzijdige interpretatie de rechtsstaat ook verzwakt? Nogal boude vragen, die om een onderbouwd antwoord vragen. Daartoe wordt eerst aan de hand van rechterlijke uitspraken het rechtsstaatbegrip van de rechter onderzocht (paragraaf 2). Vervolgens wordt dit rechtsstaatbegrip in paragraaf 3 in perspectief geplaatst. Met het rechtsstaatbegrip van de rechter blijkt niets mis, maar het veroorzaakt wel biases die de rechterlijke blik op de rechtsstaat vervormen. In paragraaf 4 worden deze biases geanalyseerd in de context van de Nederlandse rechtsstaat anno 2021. *Spoiler alert*: de diagnose is dat de Nederlandse rechtsstaat in een institutionele crisis verkeert. Daarin is het een reëel risico dat rechters met hun rechtsstaatbegrip de mechanismen achter de institutionele crisis eerder versterken dan keren. De afsluitende paragraaf zet aan tot een debat in rechterlijke kring, met als doel een breder rechtsstaatbegrip te hanteren en te bewaken. Alleen met zo'n breder rechtsstaatbegrip kan de rechtsstaat zijn heilzame werking voor Nederland hebben als bron van maatschappelijk vertrouwen, welvaart en ontwikkeling (zie hiervoor Zouridis et al. 2017).

2. Het rechtsstaatbegrip van de rechter

In tegenstelling tot wat sommige juristen en vooral niet-juristen denken, is rechtsstaat geen rechtsbegrip. Zo komt het begrip niet voor in de Grondwet en nauwelijks in andere wetten in formele zin. In deze wetten wordt rechtsstaat eerder terloops dan betekenisvol gebruikt. Zo bepaalt de Kaderwet overige BZK-subsidies in artikel 2 dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties subsidies kan verstrekken die passen in het beleid inzake het bevorderen van de

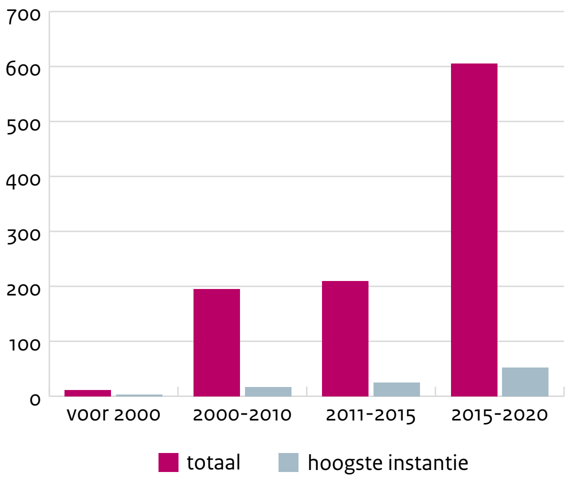
democratische rechtsstaat. In de Wet op de Raad voor het openbaar bestuur bepaalt artikel 2 dat deze raad in haar werk bijzondere aandacht moet hebben voor de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat. In lagere regelingen wordt het begrip rechtsstaat iets vaker gebruikt, namelijk dertig keren (gemeten op 21 oktober 2020). Meestal overigens in praktische zin, zoals de subsidieregeling voor ProDemos ('het Huis voor democratie en rechtsstaat') en de examenregeling voor het voortgezet onderwijs, waarin de rechtsstaat als Domein B is aangeduid. Nederland is hierin allerminst uniek. Zo rept de Amerikaanse constitutie niet van de *rule of law* en is in de Duitse grondwet het begrip rechtsstaat alleen in artikel 16, tweede lid opgenomen bij de *Rechtsstaatliche Grundsätze*. Wellicht een uitzondering is de grondwet van Zuid-Afrika, die in artikel 1 bepaalt dat de republiek onder meer is gevestigd op de waarde *supremacy of the constitution and the rule of law*.

Ook de rechter neemt het rechtsstaatbegrip niet makkelijk in de mond. Voermans en Gerards (2011) constateren dat de Raad van State in adviezen en uitspraken wel naar rechtsstatelijke waarden en beginselen verwijst maar deze zelden expliciet relateert aan 'noties van rechtsstaat en rule of law'. Zij wijten dit aan het feit dat het begrip rechtsstaat een 'juridisch polyvalent begrip' is, omdat het niet positiefrechtelijk is verankerd (het is 'prepositief') en omdat het begrip onderhevig is aan verandering in de tijd. Ook wijzen ze op het open karakter van rechtsstatelijke beginselen en het effect van globalisering en pluralisering van het recht waardoor het begrip een nóg minder vaste betekenis krijgt.

Hoewel op rechtspraak.nl slechts een deel van alle gerechtelijke uitspraken te vinden zijn, leert een korte zoektocht dat Nederlandse rechters het begrip rechtsstaat zelden in hun uitspraken gebruiken.[1] In de op rechtspraak.nl opgenomen uitspraken komt het begrip rechtsstaat voor in 1.012 uitspraken (ongeveer 0,17 procent van het totaal aantal opgenomen uitspraken), waarvan 97 keren in een uitspraak in hoogste instantie (ongeveer 0,05 procent) en 231 keren in een (doorgaans wat meer beschouwende) conclusie van een advocaat-generaal (ongeveer 0,9 procent).[2] De afgelopen jaren lijkt het begrip rechtsstaat vaker voor te komen (zie figuur 1).

[1] Ik ben me bewust van het feit dat de selectie van uitspraken op rechtspraak.nl vertekening kan veroorzaken. In theorie zijn twee selectiemechanismen denkbaar, die een kwalitatieve en een kwantitatieve selectievertekening kunnen veroorzaken. Zo kan het begrip rechtsstaat wel voorkomen in niet-gepubliceerde uitspraken en daar systematisch een andere betekenis krijgen dan in de wel gepubliceerde uitspraken. Ook is het mogelijk dat het rechtsstaatbegrip in de niet-gepubliceerde uitspraken systematisch vaker of juist minder vaak voorkomt. Hoewel beide selectiemechanismen niet kunnen worden uitgesloten, ligt systematische vertekening niet voor de hand omdat het een niet-juridisch begrip betreft en de kans groter is dat het 'toevallig' voorkomt.

[2] Gemeten op 20 oktober 2020.



Figuur 1. Aantallen gerechtelijke uitspraken op rechtspraak.nl waarin het begrip rechtsstaat wordt genoemd.

In relatieve zin blijken de hoogste rechterlijke instanties het meest terughoudend in het gebruik van het begrip rechtsstaat (Hoge Raad: 0,11%, Raad van State: 0,03%, Centrale Raad van Beroep: 0,03% en College van Beroep voor het bedrijfsleven: 0,05%). Minder terughoudend zijn de gerechtshoven (0,12%) en het minst terughoudend zijn de rechtbanken (0,25%). Het gaat om gradaties van terughoudendheid, want ook rechtbanken bedienen zich in slechts 0,25% van de uitspraken op rechtsstaat.nl van het rechtsstaatbegrip.

Ten slotte kan naar de verdeling over rechtsgebieden worden gekeken, waarbij wordt aangetekend dat de bestuursrechtspraak pas in de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond. Internationaal publiekrecht springt eruit (6%), op afstand gevolgd door strafrecht (0,56%) wat weer op enige afstand gevolgd wordt door privaatrecht (0,14%) en (opvallend!) bestuursrecht (0,08%).

De vraag is vervolgens waar de hoogste rechters het rechtsstaatbegrip voor gebruiken. Een nadere blik op de uitspraken van de hoogste instanties (Hoge Raad, Raad van State, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het bedrijfsleven) leert dat het begrip rechtsstaat vooral gebruikt wordt als de toegang tot de rechter in het geding is. Hoge Raad, Raad van State en Centrale Raad van Beroep benadrukken dat toegang tot de rechter cruciaal is in een rechtsstaat, zelfs als het griffierecht niet is betaald.[3]

[3] ECLI:NL:CRVB:2015:282; ECLI:NL:CRVB:2018:3230; ECLI:NL:CRVB:2018:3231; ECLI:NL:CRVB:2018:3232; ECLI:NL:CRVB:2018:3233; ECLI:NL:CRVB:2018:3234; ECLI:NL:CRVB:2018:3235; ECLI:NL:CRVB:2018:3236; ECLI:NL:CRVB:2018:510; ECLI:NL:CRVB:2015:282; ECLI:NL:HR:2014:699; ECLI:NL:RVS:2019:2810; ECLI:NL:CBB:2017:114.

Toegang tot de rechter maakt, zo blijkt uit het Urgenda-arrest, deel uit van een bredere rechtsstatelijke opdracht van de rechter om rechtsbescherming te bieden. Deze opdracht formuleert de Hoge Raad in de volgende overweging: '(…) Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij hun besluitvorming zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden. Die grenzen vloeien onder meer voort uit het EVRM. De Grondwet schrijft voor dat de Nederlandse rechter de bepalingen van dit verdrag toepast. Dat moet de rechter doen overeenkomstig de uitleg daarvan door het EHRM. Deze opdracht aan de rechter tot het bieden van rechtsbescherming, ook tegen de overheid, is een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat.'[4]
Een sluitend systeem van rechtsbescherming wordt door de Hoge Raad overigens wel vaker in verband gebracht met de rechtsstaat.[5]

Naast het gebruik van rechtsstaat in uitspraken waarbij toegang tot de rechter (of breder: rechtsbescherming) in het geding is, gebruiken hoogste instanties rechtsstaat in de context van de vrijheidsrechten in een 'democratische rechtsstaat'. Bijvoorbeeld als het gaat om het ontbinden van een vereniging, in cassatie voorgelegd aan de Hoge Raad die het volgende overwoog: 'In dit verband is van belang dat de in de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) gewaarborgde vrijheid van vereniging en vrijheid van meningsuiting grondbeginselen zijn van de democratische rechtsstaat (…).'[6]

Soms verwijst de hoogste rechter bij het gebruik van rechtsstaat in relatie tot vrijheidsrechten naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.[7] Niet alleen de vrijheid van meningsuiting, ook het recht van vakbonden om actie te voeren is met de rechtsstaat in verband gebracht.[8] De rechtsstaat staat echter niet alleen voor vrijheidsrechten. Zo wordt in het volgende arrest van het Hoge Raad de individuele vrijheid van meningsuiting juist geplaatst tegenover het 'fundamentele belang van bescherming van de democratische (rechts)staat'. 'De artt. 131 en 132 Sr moeten worden beschouwd als, in het kader van het EVRM toegestane, wettelijke inperking van de vrijheid van meningsuiting die in een democratische samenleving noodzakelijk is. Uit de Europese jurisprudentie moet worden afgeleid dat 'noodzakelijk' inhoudt: een dringende maatschappelijke noodzaak ('pressing social need') waarbij aan de lidstaten een zekere vrijheid toekomt bij de waardering van die noodzaak. Bij die waardering moet een afweging worden gemaakt tussen het fundamentele belang van de vrijheid van meningsuiting (het individuele grondrecht) en het fundamentele belang van bescherming van de democratische (rechts)staat (het algemene fundamentele maatschappelijke belang). Een aanvaardbare beperking van de vrijheid van meningsuiting dient in ieder geval te voldoen aan eisen van proportionaliteit.'[9]

---

4 ECLI:NL:HR:2019:2006.
5 ECLI:NL:HR:2018:1806.
6 ECLI:NL:HR:2020:797.
7 ECLI:NL:HR:2019:1702.
8 ECLI:NL:HR:2017:57.
9 ECLI:NL:HR:2019:1069.

De rechtsstaat kan soms volgens de Hoge Raad zelfs beperkingen impliceren van de vrijheid van meningsuiting, al stelt de Hoge Raad dat deze beperkingen een wettelijke grondslag moeten hebben.[10] ‘Bij de beoordeling van de vraag of een uitlating onnodig grievend is, dient, indien het gaat om een uitlating door een politicus in het kader van het publiek debat – het politieke debat daaronder begrepen – onder ogen te worden gezien enerzijds het belang dat de betreffende politicus daadwerkelijk in staat moet zijn zaken van algemeen belang aan de orde te stellen ook als zijn uitlatingen kunnen kwetsen, choqueren of verontrusten, maar anderzijds ook de verantwoordelijkheid die de politicus in het publieke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat.’[11]

Ook in de context van een klassiek rechtsbeginsel als rechtszekerheid verwijzen de hoogste rechters naar het rechtsstaatbegrip. De Centrale Raad van Beroep heeft het over vertrouwen, maar materieel gaat het om rechtszekerheid, inclusief de zekerheid dat wetten daadwerkelijk worden gehandhaafd.[12] Ook de Hoge Raad laat zich in de Urgenda-klimaatzaak uit over het kunnen vertrouwen op de overheid en brengt dat in verband met rechtsbescherming en toegang tot de rechter. De overweging luidt: ‘Indien de overheid tot iets verplicht is, kan zij daartoe, net als ieder ander, door de rechter worden veroordeeld op vordering van de gerechtigde (art. 3:296 BW). Dit is een fundamentele regel van de rechtsstaat, die is verankerd in onze rechtsorde.’[13]

Naast rechtszekerheid brengt de Hoge Raad ook rechtseenheid expliciet in verband met de rechtsstaat.[14] Onpartijdigheid van de rechter blijkt ook in verband te brengen met de rechtsstaat, aldus de Hoge Raad.[15] Een enkele keer laat de Hoge Raad zich verleiden tot een principiële uitspraak over de rechtsstaat zonder een in het recht gepositiveerde grondslag. ‘Zoals het hof treffend heeft verwoord: geen rechtsstaat kan zich permitteren dat onschuldigen worden bestraft; dat is een grondbeginsel dat óók moet gelden indien het meebrengt dat wel schuldigen aan zeer ernstige misdrijven vrijuit gaan (Hof 15 juni 2007, *NJ* 2009,370, m.nt. YB).’[16]

Ten minste zo principieel is de erkenning van het belang van politieke partijen, politici en het politieke proces voor de democratische rechtsstaat (zo bracht de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2003:AF5456 meineed ten opzichte van een parlementaire enquêtecommissie naar voren als niet te tolereren in een democratische rechtsstaat), maar in het kader van een zaak waarin dit belang moest worden afgewogen tegen het discriminatieverbod koos de Raad van State voor het discriminatieverbod.[17]

---

[10] ECLI:NL:HR:2010:BK4547.
[11] ECLI:NL:HR:2018:539.
[12] ECLI:NL:CRVB:2019:659.
[13] ECLI:NL:HR:2019:2006.
[14] ECLI:NL:HR:2018:2397.
[15] ECLI:NL:HR:2017:1188.
[16] ECLI:NL:HR:2016:3384.
[17] ECLI:NL:RVS:2007:BB9493.

Een eveneens principiële uitspraak doet de Hoge Raad als het gaat om de voorwaarden waaronder bijvoorbeeld opsporingsambtenaren inbreuk mogen maken op grondrechten. De checks-and-balances die bij inbreuken op grondrechten van belang zijn, vloeien voort uit de rechtsstaat, aldus de Hoge Raad.[18] Niet alleen checks-and-balances zijn voor de Hoge Raad van belang in een rechtsstaat, ook een 'heldere bevoegdheidstoedeling' hoort daarbij.[19]

Ten slotte mag de eerste keer dat de rechtsstaat in een op rechtspraak.nl opgenomen uitspraak is genoemd niet ontbreken. De Hoge Raad overwoog in 1949: 'dat tenslotte (...) de vraag, of de overheid onrechtmatig is opgetreden, ter beoordeling blijft van den rechter, en dit in onze rechtsstaat een gelukkig ding is (...).'[20]

Samenvattend wordt de rechtsstaat in de uitspraken in hoogste instantie geassocieerd met:
- toegang tot de rechter, die dan onpartijdig moet zijn, of breder nog rechtsbescherming (waarbij veelal naar art. 6 EVRM wordt verwezen);
- vrijheidsrechten (als vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging), maar tegelijkertijd wordt de rechtsstaat ook gezien als begrenzing voor vrijheidsrechten (waarbij dan naar wettelijke beperkingen wordt verwezen);
- drie vertrouwde juridische beginselen: rechtseenheid (in ieder geval eenheid in de rechtspraak), rechtsgelijkheid (en vooral het discriminatieverbod) en rechtszekerheid (het moeten kunnen vertrouwen op – de handhaving en naleving – van rechtens onaantastbare besluiten);
- heldere bevoegdhedenstructuren en checks-and-balances;
- het principiële punt dat geen schuldigen mogen worden bestraft ook als dit meebrengt dat schuldigen vrijuit gaan.

3. Het rechterlijk rechtsstaatbegrip en dé rechtsstaat

Rechtsstaat is geen rechtsbegrip, maar wat is het wel? In artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie wordt de rechtsstaat als een van de waarden genoemd waarop de Unie rust, waarmee het in ieder geval juridische betekenis krijgt. De formulering – een van de waarden waarop de Unie rust – lijkt meer op die van een preambule dan op een rechtsnorm. Desondanks geeft artikel 7 van dit verdrag de Raad, na goedkeuring van het Europees Parlement en op voorstel van een derde van de lidstaten, het Europees Parlement of de Europese Commissie, de bevoegdheid te constateren dat er duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending van deze waarden. Vervolgens kan de Europese Raad (eenparig) een ernstige en voortdurende schending constateren en (met gekwalificeerde meerderheid) rechten van lidstaten schorsen. Deze bevoegdheid heeft het rechtsstaatbegrip tot politiek begrip gemaakt, dat gebruikt wordt door de Europese Commissie om lidstaten de maat te nemen.[21] Ook in Nederland wordt de rechtsstaat politiek gebruikt; zo speelde bij het gedogen van het

[18] ECLI:NL:HR:2013:BY5321.

[19] ECLI:NL:HR:2011:BT7487.

[20] ECLI:NL:HR:1949:AG1963.

[21] Zie de recente EU rechtsstaat-apk, 2020 *Rule of law report - Communication and country chapters*, op ec.europa.eu.

kabinet Rutte-1 een politieke discussie over de vraag of de PVV de rechtsstaat bedreigt.[22] Vanuit wetenschappelijk perspectief is het begrip rechtsstaat echter een theoretisch concept, dat verwijst naar een fenomeen net als het begrip massa dat doet in de natuurkunde en het begrip molecuul in de scheikunde. Naar welk fenomeen verwijst het begrip rechtsstaat? In tegenstelling tot de natuurwetenschappers over massa en molecuul zijn de geleerden het niet eens over het fenomeen dat achter rechtsstaat schuilgaat. Op een hoog abstractieniveau is nog wel consensus: een rechtsstaat is een staat die gebonden is aan het recht. Maar vragen als wie dan precies die staat is, wat binding nu eigenlijk precies is en aan welk recht de staat gebonden is, leiden tot eindeloze polemieken in de literatuur. De posities in deze polemieken laten zich als volgt ordenen (zie Tamanaha 2004; Zouridis 2019). Om te beginnen kan de rechtsstaat als *idee* (als 'ideële' werkelijkheid) worden onderscheiden van de rechtsstaat als *praktijk* (als 'materiële werkelijkheid').

Eerst de rechtsstaat als idee. Drie rivaliserende betekenissen hierover strijden om voorrang, niet alleen onder wetenschappers trouwens (zie bijvoorbeeld de rechtsstaatdebatten tussen de Europese Commissie en de Hongaarse premier of tussen China en de Verenigde Staten). In de eerste betekenis staat rechtsstaat voor een rechtsorde. In deze aan Thomas Hobbes ontleende benadering is een rechtsstaat een staat die burgers tegen elkaar en tegen externe dreigingen beschermt (Hobbes 1651). De rechtsstaat stelt normen vast voor het maatschappelijk verkeer en handhaaft deze, desnoods met geweld. De tweede betekenis, met John Locke als inspiratiebron, benadrukt dat een rechtsstaat niet alleen een rechtsorde is. Een rechtsstaat is in deze betekenis een rechtsorde met een specifiek doel, namelijk het normeren en limiteren van staatsmacht (Locke 1698/2005). In een derde betekenis staat het begrip rechtsstaat voor een rechtvaardige staat. Wat rechtvaardigheid precies inhoudt, kan van theoreticus tot theoreticus verschillen, maar duidelijk is wel dat een rechtsstaat voor meer staat dan zo maar een orde of een orde die alleen maar de staatsmacht begrenst. In de beroemde woorden van Augustinus is het verschil tussen een staat en een roversbende de rechtvaardigheid die wel in de staat heerst en niet in een roversbende. Eigentijdse varianten van deze benadering zijn te vinden bij Radbruch (1932/2003) en in Nederland bij Hirsch Ballin (1987). Ook de brede benadering van grondrechten die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert, weerspiegelt deze benadering van de rechtsstaat (zie bijvoorbeeld Vlemminx 2013). Een eenvoudige manier om de drie betekenissen van rechtsstaat als idee te illustreren, is via het formuleren van de tegenstelling. In de eerste betekenis is anarchie het tegenovergestelde van een rechtsstaat, in de tweede betekenis staat de rechtsstaat tegenover een despotische staat en in de derde betekenis is een onrechtsstaat het tegenovergestelde van een rechtsstaat.

Naast de rechtsstaat als ideële werkelijkheid verwijst rechtsstaat ook naar een praktijk of een empirisch vast te stellen werkelijkheid. Het zal niet verrassen dat ook bij de rechtsstaat als praktijk nogal uiteenlopende praktijken onder het rechtsstaatbegrip worden geschaard. Om recht te doen aan

[22] Aan die discussie heb ik zelf destijds, op basis van een analyse van 63 spoeddebatten in de Tweede Kamer, een bijdrage geleverd. Zie: S. Zouridis, 'PVV verdedigt rechtsstaat ook', *de Volkskrant* 2 september 2010, p. 18.

deze verschillen is een rechtsstaatprisma ontwikkeld (Zouridis 2019). Het prisma legt drie invullingen van de rechtsstaat als praktijk bloot: de rechtsstaat als juridisch bouwwerk, de rechtsstaat als normatieve institutionele orde in een samenleving en de rechtsstaat als ‘*mode of government*’. Zoals het prisma een lichtbundel splitst in hoofdkleuren die alleen tezamen een lichtbundel vormen, kan de rechtsstaat als praktijk alleen worden begrepen als de drie invullingen (of hoofdkleuren) in combinatie met elkaar worden bezien.

De juridische hoofdkleur legt de rechtsstaat als juridisch bouwwerk bloot. In dat juridisch bouwwerk is de rechtsstaat een kwestie van regels, (rechts)principes, rechten, procedures en structuren. Het klinkt misschien flauw om te stellen dat deze hoofdkleur de rechtsstaat als ‘papieren praktijk’ laat zien, maar er zit wel een kern van waarheid in. Zo heeft Zuid-Afrika op papier misschien wel het meest rechtsstatelijk juridisch bouwwerk (alleen al de constitutie is een droom voor veel juristen), maar de praktijk is er toch echt anders. Twee aanvullende hoofdkleuren zijn dus nodig om de rechtsstaat als praktijk te begrijpen.
De sociologische hoofdkleur vult de juridische hoofdkleur aan en laat de rechtsstaat als maatschappelijk levende werkelijkheid zien. De rechtsstaat werkt in deze hoofdkleur als een (set van) sociale institutie(s), maatschappelijke structuren, patronen, gewoonten, conventies of zelfs cognities die het gedrag van mensen in een samenleving sturen of vanzelfsprekend maken.
De bestuurlijke hoofdkleur laat zien dat de rechtsstaat ‘werkt’ via de routines van ambtenaren (van politieagenten tot en met medewerkers toeslagen bij de Belastingdienst), via de besluitvorming van bestuursorganen (van het college van burgemeester en wethouders tot en met het College van procureurs-generaal) en via de inrichting van overheidsorganisaties (in een rechtsstaat overwegend een Weberiaanse bureaucratie).

Over de drie hoofdkleuren is veel meer te zeggen, maar als vertrekpunt voor het rechterlijk rechtsstaatbegrip volstaat deze omschrijving van de hoofdkleuren als analytische coördinaten (voor de liefhebbers: zie Zouridis 2019 voor een uitwerking). Combineren we de invullingen van de rechtsstaat als idee en de rechtsstaat als praktijk, dan ontstaat het volgende raster (zie tabel 1). Dit geeft een beeld van de verschillende fenomenen waarnaar wordt verwezen als het begrip rechtsstaat wordt gebruikt. Dat blijkt een veelvoud van fenomenen waarnaar natuurkundigen verwijzen als ze het begrip massa gebruiken, maar niet voor niets kozen Bernstein et al. (2000) voor hun artikel over complexiteit in de sociale wetenschappen de titel ‘God gave physics the easy problems’.

	De rechtsstaat als rechtsorde (Hobbes)	De rechtsstaat als begrenzing van de staatsmacht (Locke)	De rechtsstaat als rechtvaardige staat (Augustinus/Hirsch Ballin)
De juridische hoofdkleur			
De sociologische hoofdkleur			
De bestuurlijke hoofdkleur			

Tabel 1. Combinatie van de rechtsstaat als idee en de rechtstaat als praktijk.

4. De rechterlijke 'rechtsstaatbiases'

Het rechterlijk rechtsstaatbegrip uit paragraaf 2 kan nu in het raster worden geplaatst. Dan blijkt op de eerste plaats dat rechters de rechtsstaat als juridische praktijk zien. Er mogen geen juridische belemmeringen zijn voor toegang tot de rechter en de rechtsstaat wordt in verband gebracht met rechtsbeginselen. Zelfs het principiële punt over onschuldigen en schuldigen wordt gepresenteerd als een rechtsbeginsel. Sociologische of bestuurlijke associaties zijn er niet. Het rechtsstaatbegrip in de rechterlijke uitspraken bevindt zich dus in de bovenste rij van het raster. De volgende vraag is in welke kolom het rechterlijk rechtsstaatbegrip te positioneren is. De rechtsstaatassociaties in de jurisprudentie passen vooral in het door Locke geïnspireerd rechtsstaatidee: de rechtsstaat is er om de staatsmacht te begrenzen. Daarvoor zijn er immers vrijheidsrechten, daarvoor is er rechtsbescherming, daarvoor moeten de bevoegdhedenstructuren helder zijn en daardoor mag de staat geen onschuldigen straffen, ook al staat ertegenover dat schuldigen van zware misdrijven vrijuit gaan. Enkele associaties zouden ook geïnterpreteerd kunnen worden vanuit de rechtsstaat als rechtsorde (Hobbes). Dat geldt bijvoorbeeld voor het beginsel van rechtseenheid, de begrenzing van vrijheidsrechten door de wet en in zekere zin geldt het ook voor rechtsbescherming. De rechtsstaatassociaties in de uitspraken in hoogste instanties bevinden zich dus in de bovenste kolom, in het midden met enkele verwijzingen naar linksboven.

Dat rechters de rechtsstaat primair associëren met de juridische hoofdkleur en daarbinnen met juridische begrenzing van de staatsmacht, lijkt een triviale conclusie. Natuurlijk kiezen rechters voor de rechtsstaat als juridische praktijk, en natuurlijk geeft hun rol hen mee dat ze de staatsmacht begrenzen. Belangrijker is dat het raster ook laat zien welke invullingen níét door rechters met de rechtsstaat worden geassocieerd. Omdat rechters zich nogal eens opstellen als de hoeders of bewakers van de rechtsstaat, maakt het raster ook scherp welke rechtsstaat de rechter dus wel en vooral ook niet bewaakt. Zo zijn er twee rechtsstaatkleuren (de sociologische hoofdkleur en de bestuurlijke hoofdkleur) en een rechtsstaatidee (de rechtsstaat als rechtvaardige staat) die niet expliciet met de rechtsstaat worden geassocieerd. Dat wil niet zeggen dat ze zich buiten het blikveld

van de rechter bevinden; het zou immers kunnen dat ze wel in uitspraken te vinden zijn, maar niet met de rechtsstaat worden geassocieerd. Een voorbehoud is dus op zijn plaats. Toch liggen, gezien de specifieke interpretatie van de rechtsstaat in de uitspraken, de volgende rechterlijke biases op de loer:

- *Bestuursblindheid:* de rechtsstaat moet, zo laat de bestuurlijke hoofdkleur zien, in de praktijk worden gebracht door uitvoerings- of handhavingsinstanties. De context van deze instanties is er een van schaarste: van informatie, van middelen en mensen, van mogelijkheden om problemen op te lossen. De schaarste dwingt tot routines om met schaarste om te gaan, waarbij *workload*-overwegingen een hoofdrol spelen (bijvoorbeeld Lipsky 1980; Hawkins 2002; Sparrow 1994). Of het nu de sociale dienst is die fraude moet opsporen en uitkeringen rechtmatig moet verstrekken, de politie die met beperkte middelen en misdrijven moet opsporen, of een omgevingsdienst die ingewikkelde omgevingsvergunningen moet beoordelen en handhaven, schaarste is het belangrijkste kenmerk van hun werk. De zaak die aan de rechter wordt voorgelegd (straf of bestuur) maakt altijd onderdeel uit van deze bestuurlijke context. Blijft de bestuurlijke hoofdkleur buiten het rechtsstaatbegrip, dan ontstaat bestuursblindheid.
- *Proceduralisme:* zoals de rechtsstaat in de sociologische hoofdkleur laat zien, is een rechtsstaat ook een normatieve institutionele orde. Met andere woorden, sociale conventies ten aanzien van wat de meeste mensen de meeste tijd goed gedrag vinden. Een rechtsstaat die niet dag in, dag uit door grote delen van de samenleving in de praktijk wordt gebracht, bestaat alleen op papier (denk nog eens aan Zuid-Afrika). Belangrijk voor het in stand houden van een normatieve institutionele orde zijn heldere, eenduidige materiële gedragsnormen. Als de normen of conventies onduidelijk worden, ontstaat in een samenleving wat Durkheim ooit 'anomie' noemde (Durkheim 1897). Waar de sociologische hoofdkleur vraagt om heldere en eenduidige gedragsnormen, is het rechtsstaatbegrip van de rechters vooral procedureel van aard.
- *Legalisme:* zoals uit de plaatsing van het rechterlijk rechtsstaatbegrip in het raster blijkt, is dat in sterke mate door Locke geïnspireerd (de rechtsstaat is begrenzing van de staatsmacht) en in mindere mate door Hobbes (de rechtsstaat is een rechtsorde). De rechtsstaat van Augustinus, Van Acquino, Radbruch en Hirsch Ballin kan hierdoor uit het rechtsstaatbegrip verdwijnen. Legaliteit komt in plaats van rechtvaardigheid en in sommige rechtsgebieden wordt dit rechters zelfs verweten (bijvoorbeeld Gribnau 2001). Rechters zijn weliswaar niet 'blind' voor wat burgers als rechtvaardig beschouwen (ze zijn bijvoorbeeld iets harder gaan straffen de afgelopen decennia, waardoor de punitiviteitskloof iets is afgenomen), maar wat burgers als rechtvaardig beschouwen kan in het rechterlijk rechtsstaatbegrip wel makkelijk het onderspit delven.

Deze biases zijn te beschouwen als risico's die verbonden zijn aan het rechterlijk rechtsstaatbegrip. Of ze zich ook voordoen in de werkwijze en uitspraken van rechters, vergt jurisprudentieonderzoek dat (nog) niet voorhanden is. Wel kan worden nagegaan wat gevolgen van deze biases zijn, mochten ze zich ook echt voordoen, in het licht van de toestand van de rechtsstaat Nederland anno 2021.

5. De institutionele crisis van de rechtsstaat Nederland

Hoe staat de rechtsstaat Nederland er anno 2021 voor? Hiervoor moeten we kijken naar de rechtsstaat als praktijk en voor de diagnose kan dus het rechtsstaatprisma worden gebruikt. Het prisma laat zien dat in een gezonde rechtsstaat de hoofdkleuren congruent zijn. Rechtsstatelijkheid is in het recht verankerd, gegrond in de sociale conventies of de normatieve institutionele orde en deze wordt gepraktiseerd en gehandhaafd door het bestuur. Ook kunnen zich tussen de hoofdkleuren spanningen voordoen. In theorie zijn dat er drie:

- *Het verankeringstekort*. Ten eerste kan spanning ontstaan tussen het juridisch bouwwerk en de normatieve institutionele orde in een samenleving. Het juridisch bouwwerk wordt dan niet geschraagd door breed gedragen normen en dagelijks gedrag van de meeste burgers (grootschalige fraude bijvoorbeeld, of simpelweg massale niet-naleving van de regels). De rechtsorde sluit niet meer aan op de institutionele sociale orde.
- *Het uitvoeringstekort*. Een tweede punt van spanning, althans in theorie, doet zich voor tussen de juridische en de bestuurlijke hoofdkleur. Er kunnen discrepanties ontstaan tussen de rechtsstaat zoals deze in de rechtsorde is verankerd en de rechtsstaat zoals deze door het bestuur in de praktijk wordt gebracht. Discrepanties tussen de rechtsstaat op papier en de rechtsstaat in de bestuurlijke praktijk kunnen op tal van manieren ontstaan. Recht wordt bijvoorbeeld geheel niet in de praktijk gebracht of niet of slecht gehandhaafd. In veel landen is corruptie de belangrijkste oorzaak voor een uitvoeringstekort.
- *Het handhavingstekort*. In theorie is er nog een derde type discrepanties mogelijk, namelijk tussen de bestuurlijke en de sociologische hoofdkleur. Er kan immers een kleinere of grotere kloof ontstaan tussen de normatieve institutionele orde in de samenleving en de bestuurlijke praktijk. In de kern komt deze kloof erop neer dat niet-naleving door burgers en bedrijven onbestraft blijft.

Aan de hand van deze spanningen kan de staat van de rechtsstaat worden gediagnosticeerd. Er zijn verschillende signalen dat zich in Nederland alle drie de genoemde spanningen voordoen (zie voor een uitgebreide onderbouwing van deze diagnose Zouridis 2019). Zo is het uitvoeringstekort al jaren aan het groeien. Het aantal regels is de afgelopen vier decennia geëxplodeerd. De regelexplosie betreft in het bijzonder regels die zich richten op het uitvoerend en handhavend bestuur (bijvoorbeeld De Jong en Herweijer 2004; Klein Haarhuis en Niemeijer 2008). Als gevolg van al die regels (en de voortdurende stroom wijzigingen) is de schaarste bij politie, omgevingsdiensten, Openbaar Ministerie, Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, andere inspecties, Belastingdienst, UWV, gemeentelijke sociale diensten en zowat alle andere grote uitvoeringsorganisaties toegenomen. ‘Frontlijnprofessionals’ moeten met meer normen rekening houden, ze moeten meer procedures volgen en de stapeling en ‘volatiliteit’ van deze regels gaan het absorptievermogen van de meeste uitvoeringsorganisaties inmiddels ver te boven. Dat in de uitvoerings- en handhavingspraktijk steeds meer sprake is van ‘wegwerprecht’ (Zouridis 2008) doet aan de toenemende schaarste niet veel af.
Als normatieve institutionele orde, dat wat de meeste mensen de meeste tijd goed- en afkeuren, is de rechtsstaat Nederland nog steeds grotendeels intact. Zo blijkt uit onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau dat de waarden van de rechtsstaat nog altijd breed door burgers worden

gedragen. Toch heeft het er alle schijn van dat niet-naleving toeneemt. Deels is dat ondermijnende criminaliteit (vooral drugsgerelateerde criminaliteit), maar breder lijkt op allerlei terreinen vooral fraude toe te nemen (bijvoorbeeld De Koning 2018). Of het nou gaat om voedselfraude, (zorg-)verzekeringsfraude, afvalfraude, financiële fraude, 'whatsapp-fraude' of 'cybercrime' dan wel om zwaardere misdrijven als drugsproductie en -distributie, mensenhandel, kindermisbruik en wederom 'cybercrime', naleving is anno 2021 in ieder geval allerminst vanzelfsprekend. En dat misdaad of, neutraler, niet-naleving loont, is een direct gevolg van het handhavingstekort.
Van tijd tot tijd bereiken signalen voor een handhavingstekort het publieke debat, soms in de vorm van een onderzoeksrapport maar vaker door goede journalistiek (van *De Telegraaf* tot Investico). De publieke en politieke verontwaardiging die daarop volgt, dwingt ministers te reageren met nieuwe maatregelen. Deze maatregelen krijgen de vorm van weer nieuwe juridische instructies voor de uitvoering en handhaving (van wetten in formele zin tot en met ministeriële regelingen en circulaires of beleidsregels). Waardoor het uitvoeringstekort weer toeneemt, gevolgd door een groter handhavingstekort en een nog lonender 'niet-naleving'. Dan is het wachten op een krantenartikel of een onderzoeksrapport voor een volgende ronde in deze vicieuze spiraal.

Ten minste een deel van het uitvoerings- en handhavingstekort wordt veroorzaakt door regels, procedurele waarborgen, rechtsbescherming en een extensieve interpretatie van grondrechten. Deze leggen immers beslag op de toch al schaarse capaciteit van uitvoerders en handhavers. Veel handhavings- en opsporingscapaciteit gaat op aan procedurele waarborgen. Hoeveel, dat is onbekend. Ongetwijfeld is het een optelsom van wat managers, politici en bestuurders 'klein bier' noemen, maar al het 'klein bier' levert opgeteld behoorlijk 'groot bier' op waarvan alleen de *street-level bureaucrats* de gevolgen aan den lijve ervaren.

Deze situatie is als een institutionele crisis van de rechtsstaat geduid (Zouridis 2019). Deze crisis is tweeledig. Ten eerste is sprake van een crisis van de instituties die de rechtsstaat in de praktijk moeten brengen: deze instituties zijn steeds minder in staat om het handhavingstekort weg te werken waarop de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid al in 1988 wees (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1988). Mede daardoor wordt een institutionele crisis in de tweede betekenis versterkt, namelijk een crisis van de rechtsstaat als normatieve institutionele orde. De situatie rond de productie van en handel in drugs is wellicht het meest prangende voorbeeld, maar op een veel breder front loont niet-naleving of regelrechte fraude en komen schuldigen ermee weg. Naarmate het handhavingstekort groeit, erodeert de rechtsstaat als levende gedragsnorm in de Nederlandse samenleving.

6. De rechter en de institutionele crisis van de rechtsstaat

Wat heeft de rechtspraak met de institutionele crisis van de rechtsstaat te maken? Rechters spreken immers alleen maar recht in geschillen of situaties die door partijen aan hen worden voorgelegd. Het is de rechter toch niet kwalijk te nemen dat deze het recht keurig toepast? Ook al komt het verwijt dat rechters het recht toepassen tegenwoordig zelfs van de wetgever (lees het rapport van de parlementaire

onderzoekscommissie over de toeslagenaffaire bijvoorbeeld), het is in een rechtsstaat een onterecht verwijt. Het omgekeerde is in een rechtsstaat pas echt problematisch.

Zeker, de institutionele crisis van de rechtsstaat woekert vooral onder de radar van de rechter. In de ‘krochten’ van de uitvoerings- en handhavingsorganisaties bijvoorbeeld. Toch zouden de biases in het rechterlijk rechtspraakbegrip aan moeten zetten tot reflectie. Dragen rechters met deze biases (bestuursblindheid, proceduralisme en legalisme) niet onbedoeld bij aan de institutionele crisis van de rechtsstaat? Hoe veel van het uitvoeringstekort en het handhavingstekort is terug te voeren op rechterlijke uitspraken? Versterken rechters met hun rechtsstaatbegrip en de beschreven biases niet de crisis in de instituties die de rechtsstaat in de praktijk moeten brengen? Hun rechtsstatelijke houding leidt tot een sterke focus op juridische ‘checks’, procedurele waarborgen en juridische bescherming van ‘niet-nalevers’. Het is de vraag of met deze focus rechters ook oog hebben voor een groeiend uitvoerings- en handhavingstekort met alle gevolgen van dien voor de naleving. Naarmate meer schuldigen onbestraft blijven, erodeert de norm als sociale conventie. Kortom, de vraag die uit de analyse hiervoor opdoemt is of rechters met de bescherming van ‘hun’ rechtsstaat de institutionele crisis van de rechtsstaat niet juist aanwakkeren. Hier brutaal geponeerd als een open vraag die ongetwijfeld veel weerstand en tegenspraak oproept in rechterlijke kring, maar ook een vraag die zich nog niet zo eenvoudig laat wegmoffelen.

Zou de rechter, ten slotte, ook een positieve rol kunnen spelen bij het keren van de institutionele crisis van de rechtsstaat? Jazeker, maar dan zou om te beginnen het rechtsstaatbegrip moeten worden verbreed in ten minste drie richtingen: de sociologische hoofdkleur, de bestuurlijke hoofdkleur en de rechtsstaat als rechtvaardige staat. Ten eerste zou verbreding van het rechtsstaatbegrip voor rechters betekenen dat meer nadruk komt te liggen op de rechtvaardige staat, dus wat breed in de samenleving als rechtvaardig wordt ervaren. Hoe luidruchtig kleine minderheden zich ook in (sociale) media laten horen, er lijkt in Nederland wel degelijk sprake van een *moral majority* (bijvoorbeeld Duyvendak en Hurenkamp 2004; Sociaal en Cultureel Planbureau 2016). Voor zover maatschappelijke veranderingen doorwerken in de rechtspraak, gaat dat maar mondjesmaat (denk bijvoorbeeld aan de discussie over zwaarder straffen). Aan de ene kant zou meer focus op de rechtsstaat als rechtvaardige staat voor rechters betekenen dat ze soms wat ongehoorzamer aan de wetgever moeten zijn, aan de andere kant zouden ze zich hiermee ook kunnen wapenen tegen het rechtsinstrumentalisme van kleine juridisch goed geëquipeerde groepen. Een minder legalistische rechter is inderdaad een eigenwijze rechter en wellicht zelfs een ongehoorzame rechter (De Groot-Van Leeuwen, Van den Bossche en Buruma 2006), maar niet een rechter die zijn eigen moraal laat prevaleren boven dominante waardepatronen in de samenleving. Zo kunnen rechters de rechtsstaat als rechtvaardige staat versterken. En anders is wellicht juryrechtspraak, afhankelijk van de invulling, een structuurverandering die hetzelfde effect kan sorteren.

Een tweede beweging sluit hierop aan. Vanuit de sociologische hoofdkleur is een heldere normering in wetgeving en rechtspraak van belang om maatschappelijke normerosie te voorkomen. Om in de

samenleving levende normen te bestendigen moeten deze van tijd tot tijd worden bevestigd, ook door de rechter. Zou het kunnen dat rechters met hun focus op procedurele waarborgen in het rechtsstaatbegrip 'vluchten' voor materiële normering en het verwijt van 'dikastocratie'? In het privaatrecht had de rechter vanouds primair een normerende rol (met als residu de 'redelijkheid en billijkheid'), maar omdat het privaatrecht steeds meer van politieke doelen is voorzien (bescherming van werknemers, consumenten en huurders bijvoorbeeld) is de rechter zelfs in dit rechtsgebied meer *'bouche de la loi'* dan *'bouche du droit'* geworden. Als de wetgever een beetje meewerkt en bijvoorbeeld in het straf- en bestuursrecht wat meer op rechters zou vertrouwen dan op gedetailleerde procedurele voorschriften, kan de rechter de vertrouwde prominente plek bij het vertolken van materiële normen hernemen, niet alleen op het terrein van het privaatrecht maar ook in het publiekrecht.

Ten slotte kan de bestuursblindheid vervangen worden door het incorporeren van de bestuurlijke hoofdkleur in het rechtsstaatbegrip. Dat is geen pleidooi voor bestuursvriendelijke jurisprudentie, waarvan Damen (2005) de Raad van State wel eens heeft beticht en waarvoor de rechtspraak na de toeslagenaffaire inmiddels iets te veel voor vreest. Het is wel een pleidooi voor probleemoplossend publiekrecht dat in de werkwijze en de oordeelsvorming niet alleen de ideële werkelijkheid van de rechtsbeginselen betrekt maar ook de materiële praktijk in uitvoerings- en handhavingsorganisaties. Natuurlijk moet voorkomen worden dat onschuldigen worden bestraft en dat zwakke partijen in hun rechtsbescherming worden geschaad. Maar houden deze principes ook in dat vermogende criminelen juridisch (en procedureel) moeten worden gefaciliteerd om eindeloos zand in de justitiemachine te kunnen blijven strooien en met zware misdrijven weg te komen? Betekent het ook dat bestuursorganen zo veel mensen en middelen kwijt moeten zijn aan motiverings- en andere procedurele beginselen dat malafide bedrijven hun gang kunnen gaan met fraude en milieuvervuiling omdat er simpelweg niet meer capaciteit is? Of komt hierdoor juist de rechtsstaat als rechtsorde in gevaar en ligt normerosie of eigenrichting op de loer (het laatste zien we in toenemende mate bij de 'pedojagers')? Meer aandacht voor schaarste in de uitvoering en handhaving vraagt vooral om rechters die zich wat terughoudender opstellen en zich minder door wantrouwen laten leiden ten opzichte van andere 'frontlijnorganisaties' die de rechtsstaat in de praktijk moeten brengen. Ook zij bewaken immers de rechtsstaat.

Met deze drie bewegingen kan de rechter tegenwicht bieden aan de institutionele crisis van de rechtsstaat. Dit vraagt veel van rechters: lef, eigenzinnigheid en een bredere visie op de rechtsstaat. Dat lijkt me voldoende voorhanden in de rechtspraak, maar het zal door het bestuur en de politiek geaccommodeerd en gestimuleerd worden om te voorkomen dat de Nederlandse rechtspraak in de toekomst vooral bevolkt wordt door volgzame legalisten.

Literatuur

Bernstein, S., Ned Lebow, R., Gross Stein, J. & Weber S. (2000). God Gave Physics the Easy Problems: Adapting Social Science to an Unpredictable World. *European Journal of International Relations, 6*(1), 43-76.

Damen, L.J.A. (2005). Juridische kwaliteit: de burger centraal. In M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam & H.B. Winter, *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming* (p. 13-32). Deventer: Kluwer.

Durkheim, E. (1897). *Le suicide. Étude de sociologie*. Paris: Félix Alcan.

Duyvendak, J.W. & Hurenkamp, M. (red.) (2004). *Kiezen voor de kudde. Lichte gemeenschappen en de nieuwe meerderheid*. Amsterdam: Van Gennep.

Gribnau, J.L.M. (2001). Legaliteit en legitimiteit. Fiscale rechtsvorming in de democratische rechtsstaat. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1*, 9-21.

Groot-Van Leeuwen, L.E., Van den Bossche, A.M. & Buruma, Y. (red.) (2006). *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*. Deventer: Kluwer.

Hawkins, K. (2002). *Law as Last Resort. Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency*. Oxford: Oxford University Press.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1987). Regelen op afstand als vereiste van een sociale rechtsstaat. In M.A.P. Bovens, W. Derksen & W. Witteveen (red). *Rechtsstaat en sturing* (p. 91-104). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. London: Andrew Crooke.

Jong, P.O. de & Herweijer, M. (2004). *Alle regels tellen. De ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB's en ministeriële regelingen in Nederland*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC.

Klein Haarhuis, C.M. & Niemeijer, E. (2008). *Wet en werkelijkheid: bevindingen uit evaluaties van wetten*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC.

Koning, B. de (2018). *Vriendjespolitiek. Fraude en corruptie in Nederland*. Amsterdam: Amsterdam University Press.

Lipsky, M. (1980). *Street-level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russel Sage Foundation.

Locke, J. (1698/2005). *Two Treatises of Government* (student edition). Cambridge: Cambridge University Press.

Radbruch, G. (1932/2003). *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

Sociaal en Cultureel Planbureau (2016). *Gedeelde waarden en een weerbare democratie. Een verkenning op basis van bevolkingsenquêtes*, Den Haag: SCP.

Sparrow, M.K. (1994). *Imposing duties: government's changing approach to compliance*. Westport: Praeger Publishers.

Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vlemminx. F.M.C. (2013). *Het moderne EVRM*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1988). *Rechtshandhaving*. 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij.

Voermans, W.J.M. & Gerards, J.H., *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.
Zouridis, S. (2008). *Dialectische disciplinering. Over het contrapunt tussen bestuur en recht*. Den Haag: Lemma.
Zouridis, S. (2019). *De institutionele crisis van de rechtsstaat. Over de binnenkant van rechtsstatelijk bestuur*. Den Haag: BoomBestuurskunde.
Zouridis, S., Kaufmann, W., Atrokhova, V., Maleki, A., Crompvoets, V., Verba, M. & Hermans, M. (2017). *Waarom het openbaar bestuur ertoe doet. Over de economische en sociale betekenis van bestuurlijke instituties*. Tilburg: Tilburg University.

Ziet de rechter de rechtsstaat enkel als een juridisch fenomeen?

Aanzet tot een nader debat over het hoofdartikel

Ivo Giesen[1]

Inleiding

Stavros Zouridis schreef een prachtig, prikkelend en belangrijk betoog over de staat van de rechtsstaat in Nederland en de rol van de rechter daarin, en bezorgde ons een doorwrochte, empirische, theoretisch-filosofische, bestuurskundige analyse van een groot en kwetsbaar goed. Zijn conclusie – de rechtsstaat is in crisis en de rechter speelt daarbij een niet mis te verstane rol – is pijnlijk, stevig en deels wellicht ook niet verrassend zo kort na het rapport van de parlementaire commissie over de toeslagenaffaire, waarin diverse inbreuken op onze rechtsstatelijke waarden pijnlijk blootgelegd werden en ook de rechterlijke macht, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State voorop, niet gespaard bleef.[2]

Hoewel ik als eenvoudig privatist – niet gehinderd door enige onderliggende kennis van of studie naar het concept van 'de rechtsstaat' (dat is iets voor de staatsrechtsgeleerden, toch?) laat staan van enige belezenheid ten aanzien van de genoemde filosofen en grote denkers – waarschijnlijk niet eens op de shortlist van te vragen personen had mogen staan, heb ik die uitnodiging toch gekregen en ook nog eens aangenomen. Ik ga namelijk graag in debat, met als doel de zaken nog net iets scherper te krijgen, of te stellen, en ik zag ook wel wat ruimte voor zo'n debat. Die ruimte zie ik bijvoorbeeld op het punt van Zouridis' analyse van het probleem (en met name de rol van de rechter daarin) en op het punt van zijn oplossingsrichtingen. Daarmee is dan tevens de tweevoudige indeling van dit betoog geschetst: klopt de probleemanalyse wel, en passen de aangereikte oplossingsrichtingen?

De probleemanalyse

Zouridis' stellingname

'Bewaken rechters dé rechtsstaat of hun specifieke, eenzijdige interpretatie daarvan? Sterker nog, zou het kunnen dat de rechter met deze eenzijdige interpretatie de rechtsstaat ook verzwakt?' Aldus Zouridis, bewust prikkelend. En ook stelt hij 'dat rechters met hun rechtsstaatbegrip de mechanismen

---

[1] Met dank aan Lonneke Stevens voor het kritisch meedenken.

[2] Zie het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 'Ongekend onrecht', via *Kamerstukken II*, 2020-2021, 35 510, nr. 2, of via https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf.

achter de institutionele crisis eerder versterken dan keren'. Tsja, dat zou zomaar kunnen. Maar dat alles maakt de vraag óf de rechters inderdaad een verkeerd of eenzijdig begrip van de rechtsstaat hebben wel extra pregnant. Zouridis concludeert dat dat het geval is. Hij is daartoe op zoek gegaan naar het gebruik van het begrip 'rechtsstaat' in de rechtspraak zoals gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Zijn zoektocht leert 'dat Nederlandse rechters het begrip rechtsstaat zelden in hun uitspraken gebruiken' en dat 'in relatieve zin de hoogste rechterlijke instanties het meest terughoudend [blijken] in het gebruik van het begrip rechtsstaat. Hij concludeert:

'Rechters zijn dus terughoudend in het gebruik van een 'polyvalent juridisch' begrip als rechtsstaat in hun uitspraken, maar ze doen het tegenwoordig wel vaker en de hoogste rechters zijn het meest terughoudend.'

'De vraag is vervolgens waar de hoogste rechters het rechtsstaatbegrip voor gebruiken', zo werpt hij daarna op. De hoogte rechters doen dat, samenvattend, als het gaat om toegang tot de rechter, vrijheidsrechten (en de beperking daarvan), juridische beginselen (m.n. rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid), bevoegdhedenstructuren en checks-and-balances, en de onschuldpresumptie. De conclusie van Zouridis na dat alles (zie het begin van par. 4) is, blijkens de titel van die paragraaf, dat zich hier een 'rechtsstaatbias' voordoet:

'Dan blijkt op de eerste plaats dat rechters de rechtsstaat als juridische praktijk zien. Er mogen geen juridische belemmeringen zijn voor toegang tot de rechter en de rechtsstaat wordt in verband gebracht met rechtsbeginselen. Zelfs het principiële punt over onschuldigen en schuldigen wordt gepresenteerd als een rechtsbeginsel. Sociologische of bestuurlijke associaties zijn er niet.'

Ik wil niet defensief overkomen, en ben ook zelf in het verleden niet te beroerd geweest om de rechterlijke macht voor de voeten te werpen dat zij, net als gewone mensen overigens, *'biased'* zijn, maar hier haakte ik even af.[3] Ik heb en wil zijn rechtspraakonderzoek niet overdoen, mede omdat ik ervan overtuigd ben dat wat hij laat zien, compleet juist is, maar met dat onderzoek is zeker nog niet alles gezegd.

Hoezo, niet alles gezegd?

Mijns inziens is hiermee niet alles gezegd omdat ik niet overtuigd ben van de juistheid van het gekozen vertrekpunt, te weten de insteek om via gepubliceerde rechterlijke uitspraken te trachten te achterhalen hoe 'de rechter' denkt over de rechtsstaat. Want met het ophalen van die uitspraken ontbreekt nog de context waarin deze cijfers en onderliggende uitspraken figureren. Zouridis' basis is het daadwerkelijke gebruik in de rechtspraak van het begrip rechtsstaat: welke rechter haalt hoe vaak en ten aanzien van welke soort issues dat begrip van stal? Hij onderkent daarbij niet, althans zo lijkt het, dat het gebruik van het begrip in (motiveringen van) rechterlijke uitspraken niet per se alles of

[3] Zie *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/251 e.v. en 482 e.v.; T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen, NJB 2020/3, p. 184-193.

zelfs veel zegt over hoe 'de rechter'[4] daadwerkelijk denkt over de rechtsstaat, welke precieze invulling die rechter daaraan geeft.[5] Dat zie je ook terug in de citaten: nergens zie je een omschrijving of definitie, enkel het begrip als zodanig komt terug. En dat is ook navolgbaar. Immers, onze grondwettelijke vrijheden wortelen in de rechtsstaatgedachte, net als de beperkingen daarop (welke dan weer de belangen van andere burgers en/of de staat dienen), dus dat in die context de term weleens van stal wordt gehaald, is niet verrassend, eerder logisch. Het geeft de rechter een denkraam, een frame waarbinnen in zo'n geval het voorliggende probleem van (vaak botsende) grondrechten wordt op- en aangepakt. Daaraan ligt dan echter geen (of: niet per se een) specifiek ingekleurd (al dan niet juridisch) concept van 'De Rechtsstaat' ten grondslag. Die rechter gaat gewoon juridisch te werk, doet zijn werk; die rechterlijke bias, als aanwezig, is dus juist goed.

Mijn stelling (of: tegenwerping) zou dan ook luiden dat het gebruik van de term rechtsstaat in rechterlijke uitspaken geen goede maat is of kan zijn voor hoe dat begrip gepercipieerd wordt door de rechter. Dat kan het niet zijn, omdat in rechterlijke uitspraken dat begrip enkel van stal wordt gehaald om te motiveren waarom een uitspraak luidt zoals die luidt, om te beargumenteren waarom een afweging is gelopen zoals die is gelopen. Om een uitspraak te doen in een concrete zaak waarin die rechter recht moet spreken, een (juridisch geframed) geschil volgens juridische regels en denkwijzen moet beslechten. Niets meer. En al helemaal niet de discussie over de invulling van een begrip zo 'polyvalent' als dit. Dat die context bepalend is voor de (neutrale) wijze van gebruik van de term rechtsstaat door de rechter, lijkt Zouridis niet te onderkennen. En dat betekent dat zijn probleemanalyse scheef gaat lopen. Begrijp me niet verkeerd, wellicht bestaat het geschetste probleem inderdaad, maar het bewijs daarvan zie ik nu nog niet terug.

Er zijn trouwens ook contra-indicaties tegen de stelling van Zouridis. Een uitspraak zoals die in de Urgenda-zaak, ook aangehaald door Zouridis (en los van wat daar verder over te zeggen valt),[6] laat immers juist zien hoe breed de (civiele) rechter bereid is te denken en te redeneren, als het nodig is om een geschil te beslechten. Hij toont zich een klimaatdeskundige in de dop als het gaat om de feitelijke context van die zaak. Dergelijke 'breedte' laat de rechter wel vaker zien, bijvoorbeeld als deze macro-overwegingen in zijn beschouwingen betrekt.[7] In diezelfde Urgenda-zaak laat de Hoge Raad bovendien zien dat hij met name pragmatisch wenst om te gaan met de rechtsstaatgedachte, pragmatisme dat ontbreekt in Zouridis' schema. Want een van de kernelementen van die zaak, in

---

[4] Hier tussen aanhalingstekens gezet omdat 'De Rechter' natuurlijk niet bestaat. Zouridis spreekt steeds over de rechter zonder onderscheid te maken tussen strafrechters, civiele rechters, bestuursrechters, etc., terwijl het rechtsgebied waarin een rechter functioneert, veel bepaalt over de speelruimte die die rechter heeft. Zie hierna.

[5] Wellicht, het is slechts een suggestie voor verder onderzoek want ik ben (ook al) niet sociaalwetenschappelijk onderlegd, zou het beter zijn (geweest) om rechters te interviewen hierover. Dan kan doorgevraagd worden.

[6] Ik noem hier slechts het themanummer 'De rechter in de trias politica' van *Ars Aequi* van oktober 2020, waarin het Urgenda-arrest (HR 20-12-2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; *NJ* 2000/41 nt. J. Spier) zo ongeveer in elke bijdrage de hoofdrol speelt. Aldaar ook verdere verwijzingen naar overige, eerdere literatuur over die zaak.

[7] Vgl. bijv. E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017/2.

cassatie expliciet aan de orde gesteld in het cassatiemiddel zodat de Hoge Raad gehouden was daarop te reageren, was nu juist de vraag wat er in een democratische rechtsstaat van de rechter ten opzichte van de wetgever verwacht mag worden: hoe ver kan en mag de rechter gaan als het om 'politieke' vragen gaat? De Hoge Raad had hier een eindeloze diepfilosofisch discours kunnen produceren, maar hij houdt het – als gezegd – simpel pragmatisch:

'8.3.2. Zoals hiervoor in 6.3 is overwogen, komt in het Nederlandse staatsbestel de besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen toe aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden.
8.3.3 Tot de hiervoor in 8.3.2 bedoelde grenzen behoren die welke voor de Staat voortvloeien uit het EVRM. Zoals hiervoor in 5.6.1 is overwogen, heeft Nederland zich aan het EVRM gebonden en is de Nederlandse rechter op grond van de art. 93 en 94 Grondwet gehouden de bepalingen daarvan toe te passen overeenkomstig de uitleg daarvan door het EHRM. De bescherming van mensenrechten die hiermee wordt geboden, vormt een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat.'

Nog een kritiekpunt

Hier laveert de rechter dus prachtig om de (tevoren gevreesde en zwaar bediscussieerde) klippen van de machtenscheiding van Montesquieu heen. En dat brengt me meteen bij een volgend kritiekpunt: de rechter volgt (te zeer) de filosofie van Locke, aldus Zouridis, en vergeet daarbij andere mogelijke invullingen. Die rechter vergeet dan 'de rechtsstaat als een rechtvaardige staat' zoals naar voren gebracht door Augustinus. Zouridis zelf legt dan echter niet uit dat de keuze voor Augustinus geen willekeurige keuze is. Waarom noemt hij niet (ook) Bentham of Rawls, of Hart of Dworkin?[8] Los daarvan, en belangrijker: de invulling van een rechtvaardige staat is grotendeels juist niet aan de rechterlijke macht, maar aan de regering en het parlement als wetgevende macht. De rechter bepaalt in beginsel nu juist niet eigenstandig wat rechtvaardig is; hij zit niet op de stoel van de wetgever doch beweegt zich (meer of minder vrij) rondom de contouren van de wet bij de toepassing en de uitleg ervan.[9] Gevolg is ook, om dit concreet te maken, dat de rechter dus niets kan doen aan het probleem van de 'bestuursblindheid' dat Zouridis schetst: de verdeling van de publieke middelen is aan de regering, de rechter kan in beginsel slechts toetsen of de daarbij bedachte regels procedureel en materieel juist worden toegepast, en wellicht (hopelijk) excessen voorkomen.[10]

---

8 En ja, daarmee ben ik wel zo ongeveer door de mij (enigszins) bekende (rechts)filosofen heen...

9 'In beginsel', omdat als de rechter rechtsvormend te werk gaat, hij natuurlijk wel daaraan een zekere bijdrage levert, die de maatschappij stuurt. Die rechtsvorming is echter nog steeds geworteld in een door de wetgever neergelegd juridisch systeem (het BW, de Awb, Sr, etc.). Meer daarover in I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht. Mon. BW A-3*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

10 Ik realiseer me dat dit een punt is waar het in de eerdergenoemde toeslagenaffaire mis is gegaan. Zie daarover indringend A. Brenninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden als 'verschrikkelijk ongeluk'', *NJB* 2021/2, p. 6 e.v.

Overkoepelend: wat is en doet 'de rechter'?

Voeg ik vervolgens beide elementen samen, dan constateer ik dat het er de schijn van heeft dat Zouridis bij zijn analyse van de bijdrage van de rechter aan de crisis in de rechtsstaat, net niet helemaal scherp heeft wat die rechter doet, hoe hij te werk gaat, wat dat werk dan inhoudt. Ik zeg dat niet om de rechter vrij te pleiten, maar wel om aan te geven dat we er met deze analyse nog niet zijn, wat mij betreft. Het gegeven dat Zouridis nergens enig onderscheid maakt tussen verschillende typen rechters (straf, civiel, bestuur, familie, kanton) lijkt daarvan een bevestiging te zijn. Let wel, dat is geen verwijt aan Zouridis. Hij is bestuurskundige en binnen zijn bestuurskundig onderzoek naar een bestuurskundig fenomeen is dit onderscheid in typen rechters waarschijnlijk te zeer een detail om mee te nemen. Maar voor mij, als jurist, wringt het hier wel, want die verschillende rechters verschillen nu eenmaal; het legaliteitsbeginsel dat de strafrechter echt bindt, knelt voor de civiele rechter veel minder.

Tussenconclusie

Dit deel afrondend kom ik uit bij de vraag die Zouridis in zijn paragraaf 6 opwerpt, namelijk 'of rechters met de bescherming van 'hun' rechtsstaat de institutionele crisis van de rechtsstaat niet juist aanwakkeren'. Mijn antwoord zou zijn: misschien wakkeren ze wel iets aan, maar niet omdat die rechters vanuit 'een eigen notie' van de rechtsstaat handelen.

De oplossingen

Kijk ik vervolgens nog kort naar de oplossingsrichtingen die door Zouridis aangedragen worden (wat kan de rechter doen?), dan constateer ik het volgende.

Zouridis pleit er ten eerste voor dat er 'meer nadruk komt te liggen op de rechtvaardige staat, dus [op] wat breed in de samenleving als rechtvaardig wordt ervaren.' Ik constateerde hiervoor echter al dat dat aspect nu juist niet aan de rechter is, maar aan de politiek (en uiteindelijk de kiezers). Als de rechter zich daarin mengt of zelfs maar dreigt te mengen, zijn de rapen gaar, zoals de Urgenda-zaak ons geleerd heeft. De rechter kan de politiek terugfluiten en de uiterste grenzen aangeven van wat juridisch nog geoorloofd is, zo weten wij sinds die uitspraak, maar ook nadien kan de rechter de regering nog steeds niet vertellen hoe ze wat precies moet doen. Deze eerste oplossingsrichting is voor de rechter dus een doodlopende weg; de democratische rechtsstaat vraagt dat ook de rechter zijn plek kent, en een inhoudelijke lijn uitstippelen hoort daar niet bij.

Zouridis pleit vervolgens voor bestendiging van de in de samenleving levende normen door bevestiging ervan, ook door de rechter. Dat las ik licht grijnzend. De civiele rechter doet immers niet anders (oké, ik overdrijf hier ietwat). Deze vult voortdurend de vele open privaatrechtelijke normen nader in. Weer is Urgenda exemplarisch: 'Gij heb te zorgen voor een beter klimaat, gij zult dus de CO_2-uitstoot met 25% reduceren voor eind 2020'. En ook in andere rechtsgebieden volgen vele materiële normen (of de nadere invulling daarvan) uit rechterlijke procedures, ook nu al, al ligt dat wel op een ander niveau dan in het civiele recht. Of een tongzoen als verkrachting telt, weet je (pas) als je de recht-

spraak van de Hoge Raad bekijkt.[11] Als het om gebrekkige normstelling gaat, lijkt een blik op de wetgever dus eerder in de rede te liggen, in elk geval voor het privaatrecht. Die insteek past ook bij een rechtsstatelijke waarde als het legaliteitsbeginsel, al geef ik grif toe dat ik de rechtsstaat dan wel weer heel erg 'juridisch' aanschouw.

Ten derde houdt Zouridis een pleidooi voor 'probleemoplossend publiekrecht'. Dat wil zeggen 'dat in de werkwijze en de oordeelsvorming niet alleen de ideële werkelijkheid van de rechtsbeginselen [...] maar ook de materiële praktijk in uitvoerings- en handhavingsorganisaties' wordt betrokken. Daarmee pleit hij in feite voor meer begrip voor de opsporingsdiensten en handhavers, zelfs, zo lijkt het, als dat strijdig zou zijn met enkele rechtsstatelijke waarborgen die wij (of: de juristen) tot nu toe hoog hebben geacht. Hij licht het zo toe: 'Maar houden deze principes ook in dat vermogende criminelen juridisch (en procedureel) moeten worden gefaciliteerd om eindeloos zand in de justitiemachine te kunnen blijven strooien en met zware misdrijven weg te komen?'
Ik ben – als gezegd – waarschijnlijk zo'n biased jurist die de rechtsstaat te veel als juridisch fenomeen benaderd, maar toch, in antwoord op de zo opgeworpen, schijnbaar retorische vraag: ja, ja en ja. Precies dat houden die principes ook in! Juist daar waar het wrijft, waar het principe eigenlijk niet zo goed past, niet goed uitkomt omdat het de voorspoedige(r) afwikkeling van de zaak belemmert, juist daar bewijzen die principes hun (rechtsstatelijke) waarde. Omdat het de volgende keer Zouridis of ik kan zijn die (ten onrechte) verdacht wordt van zo'n zwaar misdrijf en wij graag voor onschuldig worden gehouden totdat het tegendeel bewezen is. Of omdat de soepeler omgang met zo'n principe de volgende keer misschien wel gebruikt wordt tegenover veel minder zware criminelen, door (ik roep maar wat) de Belastingdienst bijvoorbeeld? Dat wil natuurlijk niet zeggen dat we geen oog moeten hebben voor de handhavings- en uitvoeringspraktijk rondom onze wetten en regels, zeker niet, maar er zijn (ook) grenzen als het gaat om het faciliteren van die praktijk. Juist dat (die grenzen aan het overheidsoptreden) maakt dat we in een rechtsstaat leven, in elke variant qua hoofdkleuren en normatieve invullingen, als je het mij vraagt.

Afrondend

Dat er iets aan de hand is met de zo lang gekoesterde rechtsstaat, is ook mij duidelijk. Dat deze 'geen rustig bezit' is, is evident. Er is werk aan de winkel. De vele terabytes aan analyses van en beschouwingen over onderdelen van dat begrip naar aanleiding van de Urgenda-zaak, toont dat genoegzaam aan. En anders doet de toeslagenaffaire dat wel. Er zal dus ook verder doorgedacht moeten worden over de inhoud en over de *finetuning* ervan in onze tijd. Maar of 'de rechter' (wie dat dan ook zou zijn) in deze saga de rol speelt of gespeeld heeft die deze door Zouridis wordt toegedicht, is voor mij nog niet evident. En alleen dat al maakt dat ik ook meen dat het goed zou zijn om de geschetste oplossingsrichtingen eerst nog wat verder te doordenken voordat we daar vol op gaan inzetten.

---

11 Zie HR 12-3-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653; *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer (Tongzoen II).

Wat zeggen de cijfers?

Hoe schaarste de strafrechtsketen beïnvloedt

Dato Steenhuis

Mij is gevraagd te reageren op het artikel van Zouridis over de rechtsstaat, zoals dat elders in dit tijdschrift is te vinden. Ik doe dat graag omdat ik het een interessante beschouwing vind. De problemen die hij aan de orde stelt, boeien mij zeer, maar in de maximaal drieduizend woorden die mij zijn toegemeten is het onmogelijk ze allemaal te bespreken. Ik kies er twee uit die me het meest bezighouden en beperk me daarbij tot het strafrecht. Van het bestuurs- en civiel recht heb ik te weinig verstand – hoewel daar interessante ontwikkelingen gaande zijn in de kritiek op de Raad van State bij de toeslagenaffaire.
Eerst wil ik het hebben over de 'bestuursblindheid' die Zouridis bij de rechter signaleert, een begrip dat hij eerder als schaarsteblindheid aanduidde. Daarna kom ik te spreken over de mogelijke kloof die er kan ontstaan tussen wat burgers als rechtvaardig ervaren en het legalistische rechtsstaatbegrip van de rechter.
Maar eerst nog een algemene opmerking. Ik vind, zoals al gezegd, het artikel interessant, maar er wordt wel erg veel gesteld en weinig bewezen om het eens civielrechtelijk uit te drukken. Dat mag natuurlijk in zo'n beschouwing, maar ik prefereer toch een discussie met wat meer cijfermatige onderbouwing.

Hoeveel schaarste is er?

'Schaarsteblindheid' kan logischerwijs alleen bestaan als er schaarste is. Je kunt niet blind zijn voor iets dat er niet is. De vraag is dus: wat is schaarste? In het normale taalgebruik is dat de kloof tussen wat nodig of mogelijk is en de werkelijkheid. In de strafrechtsketen is het volgens mij de kloof tussen het aantal mogelijke reacties op gepleegde misdrijven en het aantal feitelijk gerealiseerde (zinvolle) interventies. Is er zo'n kloof en zo ja, hoe groot is die dan? Dat zou moeten blijken uit cijfers die daarover beschikbaar zijn. Die zijn te vinden in de onvolprezen publicatie *Criminaliteit en rechtshandhaving*, een coproductie van het WODC, het CBS, de Raad voor de rechtspraak en het OM. Wat er in de strafrechtsketen gebeurt, wordt daar zorgvuldig geregistreerd.

Over de teller van de schaarstebreuk, de feitelijk gerealiseerde interventies, is een veelheid van gegevens beschikbaar. De noemer, het totale aantal gepleegde misdrijven, is echter heel wat moeilijker te kwantificeren. Ik kies daarom een andere noemer, namelijk de misdrijven die door de politie worden geregistreerd. Dat zijn dus lang niet alle gepleegde delicten. Er is een aanzienlijk zogenaamd *dark number*. Daar wordt veel onderzoek naar gedaan, maar niemand weet precies hoe groot dat is en voor mijn verdere betoog is het ook niet zo relevant.

In 2009 registreerde de politie ruim 1.254.000 misdrijven. In 2019 waren dat er nog maar 817.000. Dat is een daling van 35% en die werkt uiteraard door in het aantal interventies. In 2009 nam het OM op grond van het aantal van de politie ontvangen zaken ruim 252.000 beslissingen. Circa 206.000 oftewel 82% daarvan betroffen een betekenisvolle interventie, zoals dat door het OM wordt genoemd. Tien jaar later was het aantal OM-beslissingen, vooral als gevolg van de afname van het aantal ingeschreven zaken, gedaald tot 191.500, waarvan ruim 128.000 zogenaamd 'betekenisvolle': geen 82 maar slechts 67%. De oorzaak van die daling is een forse stijging van het aandeel van de onvoorwaardelijke sepots in de OM-beslissingen: van ruim 12% in 2009 naar bijna 28% tien jaar later. Een zorgelijke ontwikkeling.
Voor de rechter resulteerde het voorgaande, mede gelet op het dagvaardingsbeleid van het OM, in een daling van ruim 135.000 gedagvaarde zaken in 2009 naar nog maar bijna 93.000 in 2019. Die leidden op hun beurt tot respectievelijk 130.000 en 85.000 afgedane zaken. Die daling is net zo groot als bij de politie: 35%. De (lange) arm van de strafrechter is dus in tien jaar een derde korter geworden. De schaarste neemt dus toe, niet alleen bij de rechter maar ook bij het OM.

Waar komt die grotere schaarste vandaan? Een aantal verklaringen is mogelijk. De eerste en meest voor de hand liggend zou uiteraard zijn dat er fors is bezuinigd op de capaciteit van de strafrechtsketen. Daar lijkt echter, ondanks beweringen van het tegendeel, geen sprake van.[1]
Een tweede mogelijkheid is dat de productie van interventies moeilijker is geworden. De complexiteit neemt toe. Zouridis wijst daar op, maar ik geloof er niet zo in. Hoogstens in samenhang met een derde verklaring, te weten het feit dat uitvoerende organisaties in de keten steeds verder bureaucratiseren en er daardoor steeds minder tijd voor de echte uitvoerders overblijft.
Het is allemaal beleid dat de klok slaat, beleid is dominant en dat blijkt op tal van manieren. Bijvoorbeeld uit de promotiesystemen bij de politie waarbij je als je hogerop wilt, met beleid bezig moet zijn. Ook bij het OM werkt dit mechanisme. Officieren van justitie eerste klasse reduceren dikwijls al snel hun aandeel in de afdoening van zaken. Het blijkt voorts uit de getalsverhouding tussen beleidsmakers en uitvoerders: veel zogenaamde chefs en weinig indianen. Zelfs bij een echte uitvoeringsorganisatie, zoals de provinciale omgevingsdienst, waar Zouridis over spreekt, heeft nog meer dan 40% van het totale personeelsbestand een kantoorfunctie. Het blijkt ook uit de overdreven aandacht voor planning en de geringe aandacht voor uitvoering. Weinig aandacht is er ook voor de output van de uitvoering, om nog maar niet te spreken van de resultaten daarvan. Het komt naar voren in het verschil in honorering tussen uitvoerders en beleidsmakers en ten slotte uit het feit, dat als er bezuinigd moet worden, de uitvoering vaak als eerste aan de beurt is.
Ook in de huidige pandemie wordt er weer veel beleid ontwikkeld en geadviseerd. Teststrategieën, vaccinatieschema's en zo meer, zijn er in overvloed. Echter bij de uitvoering daarvan gaat het regelmatig mis omdat te weinig acht is geslagen op de operationalisering van al dat beleid.

[1] Zie mijn column De strafmaatkloof op ivorentoga.nl van april 2016.

Nogmaals, er is dus schaarste in de strafrechtsketen en die neemt toe. Een steeds groter deel van de gepleegde misdrijven blijft zonder reactie. Maar is er ook schaarsteblindheid bij de rechter? Heeft die daar onvoldoende oog voor, zoals Zouridis beweert? Ik denk het wel. Ik veronderstel dat veel rechters de cijfers die ik hierboven noemde niet kennen en in de tekst van de jaarverslagen van de Raad voor de rechtspraak, die ik vanaf 2012 heb gescand, is er ook weinig over te vinden.
Behalve in het verslag van 2016. Daarin wordt door de voorzitter van de raad opeens aandacht gevraagd voor de hele strafrechtsketen onder het motto: 'Investeer in de strafrechtketen.' Daarin worden behartenswaardige woorden gesproken over het (niet goed) functioneren van die keten. Echter, bij nadere beschouwing blijken die woorden niet zozeer te zijn ingegeven door zorgen over de problemen van de toeleveranciers, maar om de mogelijke gevolgen daarvan voor de strafrechter. Dat leid ik af uit teksten als: 'en daarom is het ook in het belang van de rechter dat de strafrechtketen goed functioneert'. En verderop, als het gaat over buitengerechtelijke afdoening: 'maar het domein van de strafrechter moet absoluut niet verder worden beperkt'. En ten slotte: 'alleen in een goed functionerende strafrechtsketen kan de rechter de rol spelen die onze rechtsstaat hem heeft toegekend'. Dus eigen parochie eerst.
Voor de vermeende schaarste in die parochie is er overigens wel een ruime blik. Bij diverse gelegenheden, onder andere in het zogeheten Leeuwarder Manifest en in brieven aan de minister, is daarvoor aandacht gevraagd. Nog zeer recent hebben politie, OM en ZM samen 800 miljoen euro meer gevraagd voor hun activiteiten. Een goed moment, de meeste organisaties gedragen zich zo. Maar bij 35% minder afgedane zaken wordt het toch steeds moeilijker argumenteren.

Tot zover heb ik Zouridis (dus) goed kunnen volgen, maar waar hij nu verder heen wil begrijp ik niet goed. Wat is er nou zo erg aan die schaarste- of bestuursblindheid? Hoe zou een rechter, die meer oog krijgt voor dit aspect van de bestuurlijke component of deze kleur van de rechtsstaat, dat kunnen vertalen naar een andere afdoening van de zaken die hij krijgt voorgelegd? Ik zie het nog niet voor me. En wat zou bijvoorbeeld de Raad voor de rechtspraak kunnen doen in dit kader? De minister attenderen op de ontstane situatie, overleg plegen met het College van procureurs-generaal, erop hameren in de jaarverslagen? Dat lijkt allemaal mogelijk en gebeurt ook wel. Maar het zal, noodgedwongen, bij signaleren moeten blijven en dat hoort ook zo. De taakverdeling binnen de keten is helder. Er zijn al genoeg spelers op het veld en er is geen redelijk doel mee gemoeid om de verhoudingen aan te passen. En als het fout gaat is het primair de taak van het OM en de politie, zo nodig onder druk van de minister om dat te herstellen.
Concluderend zou ik dus graag zien dat de Rechtspraak meer oog krijgt voor de bestuurlijke component bij de strafrechtelijke handhaving, maar ik zie geen ruimte om daar formele gevolgen aan te verbinden. Het moet bij signaleren blijven.

Rechtvaardigheid en rechtsstaat

Bij het tweede punt waar ik het over zou hebben, zie ik die rol des te meer. Daarover schrijft Zouridis, onder het kopje legalisme, dat rechters weliswaar niet blind zijn voor wat burgers rechtvaardig vinden, maar dat dit zicht in het rechterlijke rechtsstaatsbegrip gemakkelijk het onderspit kan delven.

Ik ben dat met hem eens. Hij komt in die context te spreken over de punitiviteitskloof en daar kan, zeg ik, nee: daar moet de rechter wat aan doen.
Die kloof, tussen wat de rechter doet en wat burgers vinden, manifesteert zich overigens niet alleen bij discussies over de strafmaat, maar ook bij de vragen rond de levenslange gevangenisstraf, de voorwaardelijke invrijheidstelling en de al of niet verlenging van de tbs. En ook de vraag die Zouridis opwerpt of vermogende criminelen juridisch moeten worden gefaciliteerd om eindeloos zand in de justitiemachine te strooien, is er uitdrukking van.

Ik concentreer me op de strafmaatkloof. Daar is het nodige onderzoek naar gedaan en daaruit blijkt onder andere dat die kloof bestaat, dat die bij laagopgeleiden dieper is dan bij hoogopgeleiden en dat hij kleiner wordt naarmate meer informatie over de casus in kwestie aan de proefpersonen wordt verschaft. Ik wil die kloof op een andere manier benaderen en ik begin ook hier weer met cijfers. Cijfers die duidelijk maken wat er gebeurd is in de ruim 85.000 vonnissen die in 2019 door de rechtbanken zijn gewezen. Daarbij werd in 6850 gevallen vrijgesproken en volgde in 77.445 gevallen een schuldigverklaring (92%). Die laatsten resulteerden op hun beurt in rond 87.000 opgelegde hoofdstraffen: voor het grootste deel (40%) vrijheidsstraffen, 34% taakstraffen en de rest, ongeveer een kwart, geldboetes.
Van al die 87.000 hoofdstraffen werd ruim 20% geheel voorwaardelijk opgelegd: bij de geldboetes 14%, bij de taakstraffen bijna 12% en bij de vrijheidsstraffen ruim 30%. In absolute aantallen: bijna 11.000 van de in totaal 36.000 opgelegde vrijheid benemende sancties is dus geheel voorwaardelijk. De vraag rijst of dat betekenisvolle interventies zijn.
Als we ten slotte binnen de diverse strafsoorten kijken naar de duur of de hoogte geheel of gedeeltelijke onvoorwaardelijke sancties dan zien we het volgende.

Geldboetes			Taakstraf			Vrijheidsstraf onvoorwaardelijk		
totaal	18620	%	totaal	25910	%	totaal	23975	%
t/m 300 euro	5125	27,3	t/m 40 uur	12450	48,0	tot 1 maand	12405	51,7
301-600 euro	6340	34,1	41-80 uur	7375	28,5	1-6 maanden	7460	31,1
601-1000 euro	4420	23,9	81-120 uur	3495	13,5	6 maanden tot 1 jaar	2030	8,5
1001+ euro	2735	14,7	120+ uur	2590	10,0	1-3 jaar	1290	5,4
						3+ jaar	795	3,3

Enig nader rekenwerk laat zien dat in 47.410 van de in totaal opgelegde 87.000 hoofdstraffen, nauwelijks van een echte sanctie sprake is. Ik heb het dan over 17.430 geheel voorwaardelijke straffen, 5125 geldboetes onder de 300 euro (de prijs van een aftands mobieltje), 12.450 taakstraffen van

maximaal 40 uur (nog niet zo lang geleden een normale werkweek) en 12.405 vrijheidsstraffen van minder dan een maand.
In dit type sancties valt weinig te bespeuren van het strafrecht als ultimum remedium en deze cijfers roepen dan ook de vraag op of we voor het opleggen van deze ruim 47.000 hoofdstraffen (54% van het totale aantal hoofdstraffen) een heuse strafrechter nodig hebben. Als we de genoemde zeer korte vrijheidsstraffen weglaten, zouden ruim 35.000 van deze sancties ook zonder problemen, per strafbeschikking, door het OM kunnen worden opgelegd.

Dat zou dan tot een verdere beperking van het rechterlijk domein leiden en daar is de Raad voor de rechtspraak, blijkens het geciteerde jaarverslag, zeer op tegen. Ik ben er ook geen voorstander van, maar als zo'n groot deel van de opgelegde straffen op geen enkele manier uitdrukt dat het strafrecht een laatste remedie is, dan is dat wel vragen om moeilijkheden.
Er moet daarom een heroriëntatie plaatsvinden op het tot stand komen van de sanctie. Zo'n bezinning klemt te meer als we nog kijken naar een andere kloof, namelijk die tussen de wettelijk bepaalde maximumstraf per misdrijf en de manier waarop de rechter de ruimte tussen dat maximum en het algemene minimum benut. Ik heb dat niet zo lang geleden eens nauwkeurig uitgezocht, met inachtneming van het feit dat de politierechter maar hoogstens een jaar mag opleggen. Uit die analyse blijkt dat de rechter gemiddeld minder dan 10% van de hem toegemeten sanctieruimte benut. Anders gezegd, van een meetlat van een meter gebruikt hij slechts een decimeter. 90% van de ruimte laat hij onbenut. Dat is slechts anders bij de zwaardere delicten. Bij verkrachting wordt 11% van de ruimte gebruikt; bij de levensdelicten 16%.

Deze kloven moeten echter niet worden gedicht omdat de burger dat wil, of beter gezegd, zou willen als hij deze cijfers kende. De rechter heeft hier een eigen verantwoordelijkheid en zou zich moeten afvragen wat de gevolgen zijn van een dergelijk beleid, waarin bijna steeds de absolute ondergrens van het sanctiearsenaal wordt opgezocht. Wat betekent het voor de geloofwaardigheid van de strafrechtspraak en daarmee voor de rechtsstaat?

Naar een consequentere straftoemeting

Het strafrecht is er naar mijn opvatting namelijk niet voor de verdachte. Het strafprocesrecht wel. Het doel van de straf is niet om recidive te voorkomen maar om de samenleving te beschermen tegen criminaliteit. Beperking van recidive kan daaraan bijdragen maar is zeker niet het enige middel. Omdat de rechter slechts ongeveer 10% van de geregistreerde criminaliteit op zijn bord krijgt, maakt het accent op de resocialisatie zelfs een enigszins naïeve indruk. Veel beter zou het zijn om dit beperkte aantal zaken te benutten om een duidelijk signaal af te geven aan de samenleving, dat het gedrag in kwestie niet wordt getolereerd.
Daarvoor is echter nodig dat de rechter zich niet alleen afvraagt wat de sanctie met de verdachte doet, maar ook hoe die op het slachtoffer uitwerkt en niet te vergeten op de beide andere groepen in de samenleving aan wie het strafrecht een boodschap heeft. Ik doel op de zogenaamde potentiële daders, burgers die de strafrechtelijke norm in kwestie al hebben losgelaten en hun gedrag laten

bepalen door hun perceptie van het gecombineerde risico van pakkans en strafmaat. Én op diegenen die de norm nog wel hebben geïnternaliseerd, maar gevoelig zijn voor een in hun ogen te welwillende benadering van degenen die hem juist hebben overtreden. Een goede rechter heeft bij de straftoemeting oog voor het mogelijke effect van de sanctie op al deze vier groepen. De verdachte is niet de enige geadresseerde van de straf.
Blindheid voor de andere groepen is te vergelijken met een anticoronabeleid waarbij alleen aandacht wordt besteed aan degenen die in het ziekenhuis terechtkomen en er niets zou worden gedaan om verdere besmettingen te voorkomen.
Evenals bij covid-19 is het echter nog niet zo eenvoudig zo'n bredere aanpak gestalte te geven. Immers, hoe weet je wat het effect van de sanctie is op die andere groepen? Hoe 'besmettelijk' is een inadequate sanctie voor het gedrag van slachtoffers, potentiële daders en *law abiding citizens?* De rechter moet zich die vragen echter niettemin wel stellen. Immers, ook bij zijn pogingen om recidive te voorkomen, weet hij niet hoe de op grond daarvan opgelegde straf uitwerkt. Zo'n multidimensionale afweging met oog voor alle vier doelgroepen is bepaald niet eenvoudig. Daarvan ben ik me terdege bewust. Anders dan Zouridis ben ik van mening dat daar geen eigenzinnige of ongehoorzame rechters voor nodig zijn. Integendeel. Voor eigenzinnigheid en ongehoorzaamheid is geen plaats in de rechtspraak. Wel voor consistentie, gelijkheid en voorspelbaarheid.

In het kader van de drie hoofdprincipes van de rechtsstaat, rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, moet een verdachte ervan uit kunnen gaan dat zijn vergrijp net zo wordt beoordeeld als soortgelijke vergrijpen door anderen gepleegd. Een wettelijke minimumstraf voor bepaalde misdrijven zou daarbij een eerste goede stap zijn. De variatie in strafmaat neemt daardoor af. Ik weet het: de meeste rechters zijn er fel op tegen. Grote weerzin is er ook tegen andere, moderne methoden en hulpmiddelen die de complexiteit van het afwegingsproces kunnen vereenvoudigen en zo kunnen bijdragen aan meer gelijkheid. Bij het OM bestond er geruime tijd een algoritme in de vorm van het zogenaamde BOS/Polaris-systeem, maar de reikwijdte daarvan is enige tijd geleden fors gereduceerd 'teneinde meer ruimte voor persoonlijke opvattingen van de beoordelaar te scheppen'. Bij de rechters is een dergelijk hulpmiddel altijd op fel verzet gestuit. Daar is men tot nu toe niet veel verder gekomen dan oriëntatiepunten voor de straftoemeting. Zelfs het woord uitgangspunt werd al als te dwingend ervaren.
Ik blijf dat merkwaardig vinden omdat bij de medische diagnostiek, anders dan bij de juridische, dit soort hulpmiddelen de gewoonste zaak van de wereld zijn geworden.

Aan de slag derhalve met de ontwikkeling van een algoritme dat is gebaseerd op de factoren die de rechter zou moeten of kunnen meewegen bij de bepaling van de strafmaat; een algoritme dat niet discrimineert en dat uiteraard alle ruimte laat om in bijzondere gevallen gemotiveerd anders te beslissen dan toepassing van het algoritme suggereert. Zo'n algoritme kan ook helpen bij het reduceren van de doorlooptijden. Daarover worden al jaren mooie woorden gesproken in de jaarplannen van de Raad voor de rechtspraak, maar resultaten blijven in belangrijke mate achterwege.

Kwaliteit toont zich niet in juridisch gefundeerde, uitsluitend op de dader georiënteerde en op amateurpsychologie gebaseerde beslissingen, maar in maatschappelijk relevante interventie waarbij snelheid en rechtsgelijkheid hoog in het vaandel staan. Als dat zou zijn wat Zouridis bedoelt met grotere aandacht van de rechter voor de bestuurlijke component/kleur van de rechtsstaat dan ben ik het (weer) geheel met hem eens.

Over selectie in empirisch-juridisch onderzoek

Catrien Bijleveld

Zouridis doet een aantal belangwekkende uitspraken in zijn bijdrage 'Dikastocratie gevraagd… maar met een breder begrip van de rechtsstaat alsjeblieft'. In dit artikel stelt Zouridis een aantal vragen. Ik zal in mijn bijdrage ingaan op zijn eerste vraag, die focust (vrij vertaald) op hoe rechters de rechtsstaat zien: hebben rechters een eenzijdige interpretatie van de rechtsstaat, en hoe is die interpretatie dan? Deze vraag behoeft een onderbouwd antwoord, en dat probeert Zouridis te geven met behulp van een inventarisatie en analyse van rechterlijke uitspraken zoals gepubliceerd op rechtspraak.nl. De auteur concludeert dat met het rechtsstaatbegrip van de rechter niets mis blijkt te zijn, maar dat die wel biases veroorzaakt, die een vertekende rechterlijke blik op de rechtsstaat behelzen.

Het onderzoek dat Zouridis verricht voor de beantwoording van deze vraag kan gekwalificeerd worden als empirisch-juridisch: Zouridis onderzoekt op basis van de feitelijke uitspraken van rechters hoe vaak de term 'rechtsstaat' in uitspraken wordt gebruikt, in welke context dat gebeurt en welke duiding daar vervolgens aan gegeven kan worden. In empirisch-juridisch onderzoek worden op een systematische manier empirische gegevens verzameld, en geanalyseerd. De gebruikte methode kan kwalitatief of kwantitatief zijn. Van belang is dat er een navolgbare systematiek in de dataverzameling en analyse zit.
Die systematiek is er inderdaad in Zouridis' onderzoek. Maar toch grijp ik zijn analyse aan om een waarschuwing uit te doen gaan, en een lans te breken voor het gebruik van primaire data en voor triangulatie.

Selectie van uitspraken

Eerst de waarschuwing. Zouridis maakt gebruik van de uitspraken zoals gepubliceerd op rechtspraak.nl. Zoals hij zelf meldt zijn de daar gepubliceerde uitspraken een selectie. We kunnen niet álle uitspraken zien (de 'populatie' van uitspraken), want op rechtspraak.nl wordt een selectie (een 'steekproef') gepubliceerd. Zouridis is niet de enige die deze database gebruikt, andere auteurs maken ook dankbaar gebruik van deze steekproef van uitspraken die een grote, ontegenzeggelijk rijke en vooral makkelijk voorhanden bron van data is. Maar meestal is er een keerzijde aan zo'n gemakkelijke beschikbaarheid: we moeten het in dit geval bijvoorbeeld doen met een selectie van uitspraken die door anderen is gemaakt. Hadden wij zelf aan de knoppen gestaan, dan hadden we liefst een toevalssteekproef getrokken – een steekproef die alleen op toevalligheden afwijkt van de populatie en dus representatief is – of hadden we eenvoudigweg alle uitspraken (de populatie) in de database gestopt.

Zouridis stelt zelf dat het kan zijn dat er zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve vertekening is geweest. Een kwalitatieve vertekening doet zich voor als bepaalde opvattingen over het rechtsstaatsbegrip relatief vaker in de selectie van wel gepubliceerde uitspraken terecht zijn gekomen. We hebben dan een bias: de steekproef geeft een systematisch ander beeld dan het beeld in de populatie. Er kan ook een kwantitatieve vertekening zijn: het kan zijn dat in de niet-gepubliceerde uitspraken de term rechtsstaat minder vaak of juist vaker wordt genoemd. Zouridis stelt dat beide selectiemechanismen niet kunnen worden uitgesloten, al ligt, zegt hij, systematische vertekening niet voor de hand omdat de 'rechtsstaat' een niet-juridisch begrip betreft en de kans groter is dat het 'toevallig' voorkomt. Maar hoe zeker is dat? Als we naar de website van rechtspraak.nl gaan, zien we dat de selectie van zaken niet toevallig is.[1] In artikel 3 t/m 6 lid 1 wordt uitgelegd welke uitspraken worden gepubliceerd, en volgens welke criteria.

Selectiecriteria

In artikel 3 valt allereerst te lezen dat iedere uitspraak wordt gepubliceerd van de hoogste rechtscolleges en enkele bijzondere afdelingen – overigens voor zover de zaak niet kennelijk ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard en/of met een standaardformulering is afgedaan.[2] Dit wordt het negatieve selectiecriterium genoemd: uitspraken worden gepubliceerd – tenzij. Hier mogen we verwachten dat de gepubliceerde uitspraken een groot deel van alle uitspraken zullen zijn.

In artikel 4 vinden we vervolgens een lijst van uitspraken die altijd worden gepubliceerd, en hier zien we dus als het goed is de volledige populatie van deze uitspraken op het web verschijnen. Het gaat dan om zaken in specifieke procedures (bijvoorbeeld zaken waarin om de prejudiciële beslissing is verzocht, zaken – onder bepaalde voorwaarden – betreffende het collectieve actierecht van consumentenorganisaties tegen onredelijke consumentenvoorwaarden van bedrijven, zaken over artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over mededingingszaken, en teruggeleidingsverzoeken op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980). Ook worden uitspraken altijd gepubliceerd als het, bijvoorbeeld, een strafzaak betreft waarin de tenlastelegging (mede) is gebaseerd op een delict omschreven in titel XIX van het Wetboek van Strafrecht, als over dezelfde zaak in hogere of lagere instantie een uitspraak is gepubliceerd, als in een strafzaak een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van vier jaar of meer en/of een tbs-maatregel is opgelegd, en als het een uitspraak betreft over de wraking van een of meerdere rechters. Ook hier zien we dus een volledige weergave van de relevante zaken op rechtspraak.nl verschijnen.

Artikel 5 noemt positieve selectiecriteria: uitspraken worden alleen gepubliceerd als ze voldoen aan bepaalde criteria. Die criteria zijn (onder andere) dat de zaak aandacht heeft gehad van de publieke

---

[1] Rechtspraak.nl > Uitspraken en nieuws > Uitspraken > Volledige selectiecriteria.

[2] Bijzondere afdelingen: de Hoge Raad der Nederlanden, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, de Afdeling Intellectuele Eigendom van de sector civiel van de Rechtbank 's Gravenhage en de Pachtkamer van het Gerechtshof Arnhem.

media, de uitspraak in een op de juridische beroepsgroep gericht medium is gepubliceerd, de uitspraak van bijzonder belang is voor bepaalde groepen, mede de belangen aangaat van anderen die geen partij waren in het geding zelf, of de uitspraak een jurisprudentievormend karakter heeft.

Verder wordt in artikel 6 lid 1 nog aangegeven dat alle uitspraken die niet volgens een van deze artikelen al worden gepubliceerd zoveel mogelijk zullen worden gepubliceerd. Het publiceren van de uitspraken is natuurlijk een klus die tijd en geld kost, en de uitspraken moeten worden geanonimiseerd.

Vanaf het begin is de wens geweest om met de gepubliceerde uitspraken een 'representatief' beeld te schetsen. Maar vooral bij artikel 5 mogen we verwachten dat het de 'bijzondere' zaken zijn die gepubliceerd worden: bijzonder omdat ze ernstig zijn, omdat ze rechtsvormend kunnen zijn, er grote groepen potentieel bij betrokken zijn. De huis-tuin-en-keukenuitspraken zullen we hier minder snel vinden. En zijn het niet juist de bijzondere uitspraken waar je verwijzing naar de rechtsstaat zou verwachten? Hier kun je dus eigenlijk niet anders dan beducht zijn op bias.

Effecten van bias

Het is natuurlijk de vraag of die vertekening de argumentatie van Zouridis geheel omver zou kunnen trekken. Maar desalniettemin is het van belang te onderstrepen dat onderzoekers bij het gebruik van dit soort databases niet te luchthartig over bias moeten denken. Uit de literatuur zijn meerdere voorbeelden aan te dragen waar niet-representatieve steekproeven tot andere conclusies leidden dan hetzelfde onderzoek op basis van een wel representatieve steekproef. Het bleek nu eenmaal vaak zo te zijn dat diegenen die wel en niet in de uiteindelijke steekproef terechtkwamen verschilden, en vaak op kenmerken die met de onderzoeksvraag te maken hadden. Zoals de uitleg op rechtspraak.nl liet zien, mogen we er ook bij rechtspraak.nl niet van uitgaan dat de selectie die gepubliceerd wordt een afspiegeling is van het geheel.

Wat dan te doen om de risico's van het gebruik van zo'n database met secundaire gegevens te lijf te gaan? Raadzaam is het om in dat soort situaties de vraag ook via een andere methode en met andere data te proberen te beantwoorden. Iedere methode heeft zijn eigen sterke punten, en zwakheden. Door de vraag op meerdere manieren te beantwoorden, met verschillende data of met verschillende methoden, compenseren de aanpakken elkaars zwakheden. Dit wordt ook wel triangulatie genoemd.

Laat ik eindigen met te zeggen dat de beschikbaarheid van de uitspraken op rechtspraak.nl een groot goed is voor Nederlands Empirical Legal Studies (ELS)-onderzoek. Niet alleen Zouridis, maar ook andere onderzoekers hebben er dankbaar gebruik van gemaakt. De hoeveelheid gepubliceerde uitspraken is zonder meer indrukwekkend en voor sommige rechtscolleges en typen zaken zien we zelfs de volledige populatie, en het is natuurlijk niet reëel te eisen dat onderzoekers iedere keer zelf een toevalssteekproef trekken, de dossiers gaan scoren en die vervolgens analyseren. Voorzichtigheid

is echter wel op zijn plaats. Het zou goed zijn om in een overkoepelende studie de representativiteit van het corpus van gepubliceerde uitspraken nog eens onder de loep te nemen. Als we dat beter wisten, zou dat het Nederlandse ELS-onderzoek nog meer zeggingskracht geven.

De crisis van Zouridis nader gewogen

Thom de Graaf[1]

Wat is het probleem?

In zijn boek *De institutionele crisis van de rechtsstaat. Over de binnenkant van rechtsstatelijk bestuur* uit 2019 gaat Stavros Zouridis in op de oorzaak van de door hem gesignaleerde crisis. Hij ziet een 'cocktail' van verklaringen. Er is sprake van een zichzelf versterkende spiraal, bestaande uit drie mechanismen. Door schaarste in de uitvoering en handhaving moeten keuzes worden gemaakt, mede als gevolg van overregulering en proceduralisme die weer gevoed worden door rechtsinstrumentalisme. Deze keuzes leiden, indien ze zichtbaar worden door een incident of onderzoek, tot publieke en politieke verontwaardiging omdat er sprake is van niet-naleving. De reactie is meer regels en procedures vanuit hetzelfde rechtsinstrumentalisme dat de oorzaak van het probleem was, waardoor de schaarste nog eens verder toeneemt. Met als gevolg dat het handhavingstekort groeit en niet-naleving nog meer loont, met aansluitend een volgende ronde incidenten (want dat niet-naleving loont, roept bij ieder incident maatschappelijke verontwaardiging op) en extra regulering.[2]

In zijn hoofdartikel in deze *Rechtstreeks* bekijkt Zouridis de crisis vanuit de rol van de rechter. Die opereert te veel met een zuiver juridische blik en heeft te weinig oog voor de schaarste van uitvoerings- en handhavingscapaciteit. De rechter is naar zijn oordeel steeds meer *'bouche de la loi'* geworden ten koste van de *'bouche du droit'.* Het recht moet centraal staan, niet de wet. Zouridis is van mening dat een minder legalistische rechter een positieve rol kan spelen bij het keren van de vicieuze spiraal. Een eigenwijze en wellicht zelfs ongehoorzame rechter, die daarbij echter niet zijn eigen moraal laat prevaleren boven dominante waardepatronen in de samenleving.

De rol van de rechter is het sluitstuk van de rechtsstaat. Aan diens functie gaan de functies van de twee andere staatsmachten van de trias politica vooraf. Tussen de instituties in de rechtsstaat dient een zeker evenwicht te bestaan.[3] De kwaliteit van de rechtsstaat moet in belangrijke mate worden afgeleid uit de bescherming die het recht de burgers biedt en uit de wijze waarop wetgever, bestuur en rechter met dat recht omspringen. Het is nuttig om de door Zouridis beschreven crisis te bezien vanuit het oogpunt van wetgever, bestuur en rechter en hun onderlinge verhouding.

---

1 Met dank aan mr. G.H. van Dongen en mr. N. Oosthoek, beiden werkzaam bij de Raad van State.

2 Stavros Zouridis, *De institutionele crisis van de rechtsstaat. Over de binnenkant van rechtsstatelijk bestuur,* Den Haag: Boom bestuurskunde 2019, p. 242.

3 Beschouwing in het *Jaarverslag Raad van State 2019*, 'Evenwicht in de rechtsstaat'.

Wat is de rol van de wetgever in relatie tot de crisissymptomen?

De belangrijkste symptomen van de gesignaleerde crisis zijn het uitvoeringstekort en het handhavingstekort. Het uitvoeringstekort ontstaat als er te veel verschil bestaat tussen theorie en praktijk van de rechtsstaat. Het handhavingstekort is hier weer een gevolg van. Niet-naleving blijft onbestraft waardoor een discrepantie ontstaat tussen de normatieve orde van de samenleving en de bestuurlijke praktijk. De genoemde tekorten houden volgens Zouridis verband met een toename aan 'regels, procedurele waarborgen, rechtsbescherming en een extensieve interpretatie van de grondrechten'. Dit legt immers beslag op de schaarse capaciteit van uitvoerders en handhavers.

Zouridis benoemt terecht het probleem van de exponentiële groei van het aantal regels, terwijl al decennia wordt opgeroepen tot vermindering. In 2019 was de regeldruk wederom gestegen, al is dat niet te wijten aan de groei van het aantal regels alleen. Ook de toenemende complexiteit vormt een bedreiging, zoals Zouridis terecht constateert. De werkbaarheid en uitvoerbaarheid van wetgeving komen zo onder druk, waardoor effectiviteit van wetgeving wordt aangetast en het maatschappelijk draagvlak eronder erodeert.[4] De rechtsstaat kan immers alleen gedijen wanneer de burger erin gelooft, de overheid grosso modo vertrouwt en bereid is de normstelling te aanvaarden en te volgen. Of, zoals het oude adagium luidt: *leges sine moribus vanae*, wetten zonder bijpassende zeden zijn nutteloos.[5]

De wetgever heeft in de rechtsstaat tot taak om kwalitatief goede regels te maken, om, zoals Zouridis stelt, te zorgen voor heldere normering. Wat maakt nu dat overregulering en daarmee regeldruk maar blijven toenemen? Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. De overheidsfuncties zijn door de jaren heen verbreed, en vervolgens blijven groeien. Dit heeft geresulteerd in steeds verdergaande verfijning in de prestaties, zorgtaken maar ook voorzieningen binnen de sturende functie van het recht. Ook in de klassieke ordeningsfunctie van het recht heeft dit tot een explosie van regels geleid.[6] Door de jaren heen is bovendien een grotere nadruk komen te liggen op gelijkheidsrechten ten opzichte van vrijheidsrechten. Deze nadruk op gelijkheid wordt ook regelmatig aangewezen als (mede)veroorzaker van overregulering.[7] Aangezien klassieke vrijheidsrechten vooral onthouding van overheidshandelen vergen, veroorzaken deze geen toename van regeldruk. Gelijkheidsrechten vereisen daarentegen een actief handelen van de overheid, hetgeen in regelgeving gevat moet worden. Daarnaast wordt de samenleving steeds complexer. Dit leidt niet alleen tot meer wetgevings-

---

4 Zie ook: Jaarverslag 2019 Adviescollege toetsing regeldruk.

5 Horatius, *Carmina* iii.24, uit *Verzamelde gedichten*, Groningen: Historische Uitgeverij Groningen 2003 (23 v. Chr.); zie ook J.S. Mill, *Considerations* H1, uit *Considerations on Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press 2010 (1861).

6 Tobias Kwakkelstein, Aart van Dam en Ardaan van Ravenzwaaij (red.), *Van verzorgingsstaat naar waarborgstaat. Nieuwe kansen voor overheid en samenleving*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, p. 128.

7 Zie bijvoorbeeld werkgroep van de ministeries van Justitie, Financiën, Economische Zaken en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelatie, *In regels gevangen? Een verkenning van mogelijke oorzaken van regeldruk*, interdepartementaal essay, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006. Zie ook Rianne Jacobs & Frank van Ommeren, 'Open het deksel van de schatkist', in: Bart Jan van Ettekoven e.a. (red.), *Rechtsorde en bestuur: liber amicorum aangeboden aan Piet Hein Donner*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 172, die wijzen op de nota Bruikbare Rechtsorde van minister Donner uit 2003 waarin het beginsel van rechtsgelijkheid zou zijn aangewezen als een der hoofdschuldigen van de overregulering.

complexen – denk aan milieu- en klimaatwetgeving, regulering van nieuwe economische sectoren of medisch-ethische normering – maar ook wordt het steeds moeilijker om uitzonderingsgevallen te regelen en in maatwerk te voorzien. De massaliteit in de toepassing en uitvoering van veel regelgeving dwingt bijna vanzelfsprekend tot standaardisatie en automatisering. De wenselijkheid van meer en beter maatwerk is niettemin weer hoog op de politieke agenda gekomen. Het is goed dat hierover debat wordt gevoerd. Wie met reden voor meer maatwerk kiest, dient zich echter wel te realiseren dat dit tot meer en fijnmaziger regelgeving dwingt en ongetwijfeld ook tot hogere uitvoeringslasten in de bestuurlijke organisatie, om nog te zwijgen van de extra druk op de (bestuurs)rechtspraak.

Andere veelgenoemde oorzaken van overregulering zijn de maatschappelijke vraag om controle, bureaucratisering, het zoeken naar breed draagvlak, internationalisering en de politieke omgang met incidenten.[8] We zien in toenemende mate dat veel parlementaire tijd wordt besteed aan het stellen van vragen en het uitlokken van spoeddebatten. Actuele kwesties worden aangegrepen om de minister ter verantwoording te roepen en te vragen op welke wijze de bewindspersoon gaat ingrijpen, welke regel hij gaat aanpassen of invoeren.[9] Niet zelden leiden de maatschappelijke en parlementaire reacties op incidenten en misstanden tot nieuwe of uitbreiding van bestaande regels. In de korte doorlooptijd van het parlementair bestaan is het uitlokken van nieuwe regelgeving tegenwoordig een verworvenheid die kan worden bijgeschreven op de politieke palmares. Dit is overigens ook af te lezen aan de toename van het aantal initiatiefwetsvoorstellen dat wordt ingediend. Het maken van kwalitatief goede wetgeving, waarin zowel het perspectief van de burger als dat van de uitvoeringsorganisaties wordt meegenomen, is per definitie moeilijk. Dat is vaak al lastig op te brengen voor de beleidsdepartementen, laat staan door Kamerleden die daar zelden in zijn getraind en in het algemeen ook niet voor zijn geselecteerd. Parlementariërs die zich *ex professo* op de technische, ambachtelijke kant van wetgeving richten, zag men vroeger nog wel in de grote fracties in de Tweede Kamer. Nu niet meer en overigens ook steeds minder in de Eerste Kamer.

Wat is de rol van de uitvoerende macht in relatie tot de crisissymptomen?

Ik ben het met Zouridis eens dat overregulering risicovol is voor de rechtsstaat. Een toenemend aantal regels leidt niet automatisch tot een toenemende naleving en handhaving. Sterker nog, men zou zelfs kunnen beweren dat hoe meer regels er worden gemaakt, des te kleiner de kans is dat al die regels ook worden nageleefd. Al was het maar omdat rechtssubjecten door de vele wetten het geheel van het regelwoud niet meer overzien. Gebrekkige naleving kan natuurlijk worden bestreden met meer handhaving, maar ook handhaving kent grenzen. Er is altijd schaarste, hoe omvangrijk de handhavingsdiensten ook zijn, er zal altijd moeten worden gekozen tussen de te handhaven regels en dus tussen prioriteit en posterioriteit.[10]

---

[8] Werkgroep van de ministeries van Justitie, Financiën, Economische Zaken en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelatie 2006.

[9] Raad van State, Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid, 2020, p. 46 e.v.

[10] Zie ook het artikel 'Seinen op rood' van Dirk Bezemer in *De Groene Amsterdammer* van 3 februari 2021: 'Hoe kan een krimpende publieke sector de maatschappij op hetzelfde niveau blijven ondersteunen?'

Handhavings- en uitvoeringstekorten en overregulering hebben directe gevolgen voor de uitvoerende macht. Zo zijn op meerdere fronten verschillende niveaus van regelgeving ontstaan. Decentralisaties in het fysieke en sociale domein hebben taken overgeheveld naar gemeenten en provincies. De uitvoering van die taken vergt beleidsvrijheid voor decentrale organen, die de centrale overheid op essentiële onderdelen niet mag doorkruisen. Het effect van deze twee 'centrifugale krachten' is dat nu op meerdere niveaus rechtsregels worden geformuleerd die tot het domein van de centrale overheid behoorden. Daarmee is tevens de complexiteit van het recht (meerlagigheid) toegenomen.[11] Decentraliseren betekent financieel decimeren. 'Meer doen voor minder geld' was het credo van het kabinet-Rutte II in het regeerakkoord uit 2012. Veel taken werden overgeheveld van de centrale overheid en de provincies naar de gemeenten, zoals de jeugdzorg. Dat was eerder gebeurd, zoals met de decentralisatie van de bijstand (Wet werk en bijstand) en de huishoudelijke verzorging (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015). De gemeenten kregen ongeveer twintig procent minder dan de centrale overheid zelf beschikbaar had voor deze taken. De theorie dat de gemeenten die taken beter en vooral ook goedkoper konden uitvoeren, omdat zij dichter bij de mensen staan, bleek in de praktijk behoorlijk weerbarstig. Forse kostenbesparingen bleven uit en veel minder mensen dan gedacht kunnen de participatiesamenleving bijbenen.[12] Uitvoering en handhaving kosten nu eenmaal geld. Bezuinigingen op de overheidsuitgaven beïnvloeden de schaarste bij de uitvoerings- en handhavingsinstanties.

Een ander relevant fenomeen is de stapeling van beleid. Een wetswijziging is nog niet ingevoerd of de volgende staat alweer op de rol. Rust en ruimte voor evaluatie van wetgeving en beleid is er nauwelijks. Incidenten en daarmee samenhangende hypes leiden tot aanscherpingen en aanpassingen, waarbij de afweging of die op de vloer van de uitvoering wel behoorlijk kunnen worden verwerkt, ondergeschoven raakt. Nieuwe regelgeving en nieuwe IT-systemen vragen aanpassingstijd die niet aan de primaire uitvoering en handhaving kan worden besteed. Ook dat creëert schaarste.

Eind 2020 maakte de Algemene Rekenkamer een overzichtsstudie van de onderzoeken op de verschillende beleidsterreinen. De hardnekkige uitvoeringsproblemen blijken te wijten aan een gebrekkige beleidsvoorbereiding en te ambitieuze voornemens. Een overwaardering van beleidsvorming naast een onderwaardering van de uitvoering. Een veel te geringe aandacht voor verantwoording, evaluatie en nacalculatie. Kortom, het kennelijke onvermogen om lessen van het verleden te leren.[13] Herman Tjeenk Willink omschreef het probleem aldus: 'De overheid is ondanks (of dankzij) alle reorganisaties in de afgelopen decennia kwetsbaarder geworden. De uitvoering van een nieuwe beleidsagenda vergt inzicht in de bestuurlijke capaciteit (vooral ook kwalitatief-inhoudelijk), zorgvuldigheid in de uitvoering (met ruimte voor de uitvoerende professional) en zicht op resultaten

11 Raad van State, *Jaarverslag 2018*, p.14.

12 Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

13 Zie de bijdrage van Arno Visser, president van de Algemene Rekenkamer, in *Elsevier Weekblad* van 5 januari 2021, 'Er is te veel, niet te weinig informatie'.

en (neven)effecten. Voor dat laatste toont (anders dan incidenteel) ook de Kamer traditioneel weinig belangstelling.'[14]

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert niet enkel over de technische en juridische houdbaarheid van wetgeving, maar ook over de vraag of het wetsvoorstel het probleem kan aanpakken waarvoor het is geschreven, effectief is en uitvoerbaar voor burgers en overheidsorganisaties. Het komt regelmatig voor dat adviesopmerkingen over de uitvoerbaarheid in de reactie van de regering worden weggeschreven. Niet zelden kan ook worden geconstateerd dat wetgeving onderdeel is van een rijdende beleidstrein die op gang kwam door een vastgespijkerd regeerakkoord en nauwelijks meer te stoppen valt. In de kabinetsreactie op het rapport *Ongekend onrecht* staat dat het kabinet beter gebruik zal maken van het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK). Dat is een goed streven, maar helaas nog geen garantie. Het zijn te vaak rituele afvinklijstjes. Ondanks diverse uitvoerings- en handhavingstoetsen is het aantal regels en procedures toegenomen. Wellicht moeten er, zoals Zouridis eerder heeft geopperd, meer dwingende mechanismen of institutionele schotten in het wetgevingsproces worden ingebouwd.[15] Ik onderken dat de samenleving complexer wordt, dus wet- en regelgeving ook. Des te meer reden om bij het beleid rekening te houden met de complexiteit van uitvoering en handhaving. Wetten die klinken als een klok maar niet uitvoerbaar zijn, deugen niet. Een versterkte rijksbrede wetgevingstoets door het ministerie van Justitie en Veiligheid, zoals in de kabinetsreactie op het rapport *Ongekend onrecht* aangekondigd, kan helpen, mits goed zicht bestaat op de uitvoeringspraktijk van alle verschillende deelterreinen van de rijksverantwoordelijkheid. Dat is geen kleine opgave die het demissionaire kabinet zijn opvolger meegeeft.[16]

Wat is de rol van de rechter in relatie tot de crisissymptomen?

Zouridis stelt dat verbreding van het rechtsstaatbegrip voor rechters zou betekenen dat meer nadruk komt te liggen op wat in de samenleving als rechtvaardig wordt ervaren. Voor zover maatschappelijke veranderingen doorwerken in de rechtspraak gaat dat naar zijn oordeel maar mondjesmaat.

Niet lang geleden stond de positie van de rechter in enkele gebieden van het politieke landschap ter discussie. In het jaarverslag over 2019 heeft de Raad van State aan de kern van deze kritiek – de rechter zou zich met de politiek bemoeien – aandacht besteed in zijn beschouwing over het evenwicht in de rechtsstaat.[17] Met kritiek op rechterlijke uitspraken is op zichzelf weinig mis. Zeker als wettelijke normen vaag blijken of grote afwegingsruimte aan het bestuur geven, maar ook als maatschappelijke vraagstukken om een rechterlijk oordeel vragen terwijl er nog geen wetgeving is die houvast kan

[14] Zie de bijlage van Herman Tjeenk Willink bij zijn eindverslag als informateur onder de titel 'Over de uitvoerbaarheid en uitvoering van nieuw beleid', bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, nr. 25.

[15] Zouridis 2019, p. 256. Of dit ook zou moeten leiden tot de door de auteur gesuggereerde vergaande ingrepen als een dwingend adviesrecht van de Raad van State waardoor een negatief advies alleen zou kunnen worden overruled door een twee derde meerderheid in beide Kamers, is een andere vraag.

[16] Brief van de minister-president van 15 januari 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4).

[17] Zie beschouwing in het *Jaarverslag Raad van State 2019*, 'Evenwicht in de rechtsstaat'.

geven, zoekt de rechter naar recht en vindt die op nog onontgonnen plekken. Politieke reactie daarop kan leiden tot wijziging van bestaande wettelijke kaders of tot nieuwe wettelijke kaders. Rechterlijke oordelen vormen dus niet altijd het eindpunt van het discours. Bovendien kan jurisprudentie gebaseerd zijn op inzichten en interpretaties die voor discussie vatbaar zijn, soms ook omdat de rechter in individuele casus onvoldoende zicht had op alle feiten en omstandigheden in soortgelijke zaken. Kritisch commentaar uit de rechtswetenschap, de samenleving en ja, ook van pers en de politiek, houdt de rechtspraak alert en leidt tot zelfreflectie.[18]

Kritiek op rechterlijke uitspraken is echter iets anders dan kritiek op de rechter *als zodanig*, op diens rol in de rechtsstaat. Dergelijke kritiek werkt in het algemeen contraproductief en veronachtzaamt de essentiële rol van de rechter in de trias. Als sluitstuk van de drie staatsmachten is de rechter immers de aangewezen instantie om in concrete geschillen te beslissen wat naar geldend recht rechtens is. Daarmee beschermt hij de burger en toetst hij of de uitvoerende macht heeft gehandeld overeenkomstig het recht. De rechter bewaakt in die zin de kern van de rechtsstaatgedachte: ook de staat is aan het recht gebonden. In de dialoog tussen wetgever, bestuur en rechter wordt het recht verder gebracht, niet door confrontatie.

Vanzelfsprekend heeft Zouridis een punt waar hij schrijft dat de rechter niet slechts een *bouche de la loi*, maar *een bouche du droit* moet zijn. Een rechter is geen juridische rekenmachine en ook geen boekhouder. De rechtsontologische opvatting van het legisme is al heel lang achterhaald. Of, in de woorden van Paul Scholten: ‘De oude waan, dat alle recht in de wet te vinden is, dat recht en wet synoniem zijn, ligt verbroken.’[19] De rechter móét het recht vinden daar waar wettelijke regels ontbreken, hij moet onduidelijke of vage wettelijke termen en begrippen duiden, hij moet de relevante feiten vaststellen met het oog op de te beantwoorden rechtsvraag. Dit laatste is niet altijd eenvoudig en soms onmogelijk, omdat betrouwbare bronnen ontbreken, zoals voorkomt in het asielrecht. Tot slot moet hij belangen afwegen. Als het al wenselijk zou zijn dat de rechter volgens een strikt syllogisme opereert, is dat praktisch onmogelijk.

Zouridis bepleit een rechter die wat minder gehoorzaam is aan de wetgever, die zelfs ‘eigenwijs’ is, maar die niet zijn eigen moraal laat prevaleren boven dominante waardepatronen in de samenleving: ‘zo kunnen rechters de rechtvaardige staat versterken’.
Hoe moeten wij deze oproep verstaan? Hij zal niet bedoeld zijn om de spanning tussen wetgever, bestuur en rechtspraak verder te vergroten. Op het eerste gezicht zou je dat echter wel denken. Het principiële uitgangspunt moet immers binnen de democratische rechtsstaat zijn dat wetten gegrondvest zijn in de wil van de bevolking. Zij zijn immers tot stand gekomen met medewerking van en in overeenstemming met het parlement. Als de rechter van die wetten afwijkt om de ‘staat als rechtvaar-

[18] Zie B.J. van Ettekoven, ‘Tussen wet en recht’, *Nederlands Juristenblad* 2021/2, p. 98-107.
[19] P. Scholten, G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein, *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten - deel* 1, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 120.

dige staat' te versterken, kan dat op gespannen voet komen te staan met de democratische legitimatie van de wetgever. Verstevigt dat de rechtsstaat of wordt die juist ondermijnd door eigengereid rechterlijk optreden? Rechters dienen in het algemeen overheid en burgers te corrigeren als deze handelen in strijd met de wet en het recht. Zo mogelijk dient de rechter vervolgens zelf de rechtsbetrekking tussen partijen vast te stellen. Maar hij moet daarbij niet verder springen dan zijn rechterlijke polsstok lang is. Als de rechter dat bij wijze van uitzondering wel eens doet en zich gemotiveerd genoodzaakt ziet dan wel als 'wetgever-plaatsvervanger' op te treden, zoals in het Urgenda-arrest,[20] dan wel nationaal beleid in strijd met Europees Unie-recht te verklaren, zoals in de zogenaamde stikstofuitspraken,[21] ontstaat direct politieke discussie. Komt dit de rechter wel toe, verwisselt hij niet van stoel, krijgen we op deze manier niet een 'rechtersstaat'?[22]

Het is dus oppassen geblazen met die rechterlijke zoektocht naar rechtvaardigheid. Zouridis legt bovendien de nadruk op materiële gedragsnormen en waarschuwt voor 'proceduralisme'. Misschien gaat hij daarin wat al te makkelijk voorbij aan het rechtsstatelijk belang van duidelijke spelregels over de toegang tot de rechter en goede procedurele voorschriften. Die zorgen er immers allereerst voor dat de rechter überhaupt uitspraak kan doen in de gevallen die voor hem verschijnen en zo de uitvoerende macht kan controleren en waar nodig aan banden kan leggen. Rechterlijke procedures borgen daarnaast dat rechtspraak niet alleen een bevoegdheid is maar ook een verplichting in zich draagt, namelijk om herkenbaar en voorspelbaar te zijn en zodoende de rechtszekerheid (en in mindere mate de rechtsgelijkheid) te dienen. Rechtsbescherming en procedurele waarborgen kunnen soms uitermate hinderlijk zijn voor het bestuur en hebben in ons land een hoge mate van fijnmazigheid bereikt. Slagvaardig (of in bestuurskundige terminologie: efficiënt) bestuur wordt daardoor soms gedwarsboomd. Maar dat is dan ook de bedoeling. Deze noties vormen de praktische uitwerking van de noodzakelijke checks-and-balances, de tegenmacht die in elke rechtsstaat moet worden georganiseerd.

Dat allemaal gezegd zijnde, kunnen de woorden van Zouridis ook anders worden verstaan. Namelijk als een pleidooi om de eigen verantwoordelijkheid van de rechter binnen de rechtsstatelijke verhoudingen altijd te koesteren en rechtvaardigheid niet alleen maar te baseren op de letter en de geschiedenis van de wet. Er dient ruimte te zijn voor rechtvaardigheid in het individuele geval en dat vergt soms een extensieve of creatieve interpretatie van de geldende geschreven rechtsregels. En in bijzondere gevallen ook het voorrang verlenen aan ongeschreven rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur boven een te strikte uitleg van een te strenge wet. Een meer dan sprekend voorbeeld van de ruimte die de rechter uiteindelijk zelf creëerde, vormt natuurlijk de kwestie van de kinderopvangtoeslagen.[23]

[20] HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

[21] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

[22] De Tweede Kamer stelde begin 2020 zelfs een heuse werkgroep 'Dikastocratie?' in, waarvan overigens na een rondetafelgesprek weinig meer werd vernomen.

[23] Zie het Rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2. Zie ook Van Ettekoven 2021.

Het is dunkt mij een dun koord waarop de rechter in onze rechtsstaat moet balanceren. De wetgever is niet altijd consequent en consistent in de ruimte die hij de rechter biedt om die rechtvaardigheid in concrete gevallen te vinden. De Tweede Kamer heeft in het debat over het verslag van de parlementaire ondervragingscommissie en de reactie van het kabinet daarop, uitgesproken dat alle daarvoor in aanmerking komende wetgeving nu van hardheidsclausules moet worden voorzien. Bovendien (enigszins verwarrend) sprak de Kamer ook uit dat de beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het evenredigheidsbeginsel) voortaan leidend moeten zijn in de wetgeving.[24] Maar in het nog niet zo verre verleden werden adviezen om in de toepassing van inkomensafhankelijke regelingen hardclausules in te bouwen, door regering en parlement niet opgevolgd. Nu al is duidelijk dat de zwenking van de slinger naar de andere kant – maatwerk! – ook grenzen kent.
In deze kwestie is de rechterlijke verantwoordelijkheid om rechtvaardigheid in het individuele geval te vinden, bijkans heilig verklaard, zelfs als de wet daar niet of nauwelijks ruimte toe zou bieden. Maar ongeveer tegelijkertijd krijgt een wetsvoorstel dat rechters verbiedt aan geweldplegers jegens hulpverleners taakstraffen op te leggen, brede parlementaire steun. Maatwerk is hier dus niet de bedoeling, de omstandigheden van het geval mogen voor de aard van de sanctie niet meewegen. Het zal hopelijk niet verbazen dat de Afdeling advisering van de Raad van State zich tegen deze inperking van de rol van de rechter heeft uitgesproken.

Conclusie

De bijdrage van Zouridis heeft mij er nog niet van overtuigd dat er sprake is van een crisis in de rechtsstaat. Wij moeten daar niet te snel toe concluderen. Wel is evident dat in de totstandkoming en uitvoering van wetgeving en beleid steken zijn gevallen. Hier ligt een taak voor de wetgever, die zich steeds moet afvragen of wetgeving wel nodig is. Zorgen nieuwe regels voor kwalitatief beter en goed uitvoerbaar beleid? Leiden nieuwe regels niet tot bureaucratie? Kan de uitvoering de opeenvolgende wetswijzingen nog wel aan? Wellicht is het raadzaam om zo nu en dan het hele stelsel eens tegen het licht te houden, zoals nu gebeurt in de vorm van een grondige modernisering van strafvordering.
Het kan in het algemeen geen kwaad om meer evaluatie van wetgeving te laten plaatsvinden. In het bijzonder zou ook het parlement de eigen rol in grotere wetgevingscomplexen met enige regelmaat onder de loep kunnen nemen, onder het motto: zijn wij wel consistent en vragen wij niet te veel wat niet of slechts moeizaam kan worden uitgevoerd? Alle spelers in de rechtsstaat doen er goed aan op hun eigen bijdrage en de verhouding tot de anderen te reflecteren, al dan niet in dialoog met elkaar. Zo kan veel onbegrip en onmacht worden voorkomen zonder dat de rechter al te snel op avontuur moet gaan.

---

[24] Zie de aangenomen moties Van Brenk (*Kamerstukken II* 2020/21, 35510 nr. 37) en JettenMarijnissen (*Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 15).

Eerder verschenen

2020, nr. 3	Rechtspraak in tijden van corona
2020, nr. 2	Leren van feedback in de rechtspraak
2020, nr. 1	Innoverende hoven gewogen. Over de achtergronden en effecten van vernieuwingen in de appelrechtspraak
2019, nr. 2	Algoritmes in de rechtspraak. Wat artificiële intelligentie kan betekenen voor de rechtspraak
2019, nr. 1	Innovaties in de rechtspraak: naar een meer maatschappelijk effectieve rechtspleging